

CAPITOLO V

IL MERCATO DELLA STABILITÀ E DELLA MOBILITÀ DEL LAVORO

37. - I costi del regime di stabilità per gli utenti, gli *outsiders* e gli stessi *insiders*

Nel dibattito politico-sindacale sui costi e i benefici della stabilità che l'ordinamento assicura ai nove milioni di dipendenti da amministrazioni pubbliche o da aziende medio-grandi si assiste solitamente alla contrapposizione tra i vantaggi di cui godono i primi e gli svantaggi che simmetricamente ne derivano per le seconde. Ma nel bilancio vanno computate anche altre voci. Vedremo (§ 38), ad esempio, come un regime generale di limitazione ben calibrata della libertà di licenziamento possa favorire una maggiore efficienza dell'intero sistema produttivo e come possano derivarne dei vantaggi anche per le imprese. Per converso, possono derivarne anche dei costi all'esterno del rapporto di lavoro, per dei soggetti terzi: gli utenti dei servizi prodotti dalle imprese e gli *outsiders*. Esaminiamo per primo questo aspetto della questione.

Consideriamo il caso del professore e del ricercatore universitario. Il regime di pressoché assoluta inamovibilità di cui essi godono nel nostro attuale ordinamento consente che, accanto a professori e ricercatori che fanno il loro dovere, studiano, ricercano, si aggiornano, insegnano regolarmente, ve ne siano molti altri che in tutto o in parte si sottraggono a tali doveri, quasi che il posto all'università fosse un "beneficio" medioevale. Imporre a costoro un minimo di *stress* da incertezza del posto sarebbe certamente utile per tutti (probabilmente anche per loro stessi). Intanto, alle porte dell'università si affollano migliaia di giovani studiosi, di cui molti di grande valore, che sarebbero disponibili per fare ciò che tanti professori e ricercatori di ruolo non fanno, e talora capaci di farlo molto meglio. Ma l'inamovibilità assoluta non consente la sostituzione; così l'università perde migliaia di cervelli di prim'ordine e gli studenti devono tenersi i docenti pigri, culturalmente torpidi e talora permanentemente assenti.

Per molti aspetti simile, se non identica, a quella degli universitari è la situazione degli altri dipendenti delle amministrazioni pubbliche italiane: anche lì la pressoché assoluta inamovibilità del lavoratore consente che, accanto agli impiegati e ai dirigenti che fanno il loro dovere fino in fondo, ve ne sia una parte rilevante il cui rendimento è ridotto a livelli infimi; fino ai casi di produttività negativa: come quello dell'infermiere che malmenava sistematicamente gli anziani malati, il cui licenziamento è stato annullato dal giudice sul presupposto che la mancanza era soltanto colposa ma non dolosa, o quello della insegnante di scuola media semi-inferma di mente cui viene mantenuto l'affidamento di una classe di trenta sfortunati ragazzini. La stabilità del posto del pessimo infermiere o della insegnante squilibrata pregiudica evidentemente l'interesse dei malati o degli allievi.

Nel settore privato si arriva a questi estremi più raramente; ma anche qui, come vedremo nelle pagine che seguono (§§ 39, 41 e 44), è assai diffusa la concezione della stabilità del posto come valore supremo ed operano dei meccanismi che tendono a trasformare di fatto la stabilità in inamovibilità. Anche in questo settore il regime di stabilità del posto rende difficile, quando non impossibile, sostituire il lavoratore meno efficiente; il che può rispondere a esigenze apprezzabili (che pure esamineremo: §§ 38 e 46), ma certamente comporta un sacrificio per consumatori e utenti, in termini di peggiore qualità e/o maggior costo dei beni o servizi prodotti dalle aziende nelle quali il regime di stabilità si applica: una "diseconomia esterna" della clausola di stabilità.

A questa diseconomia esterna gravante su consumatori e utenti si aggiunge il costo per gli *outsiders*, cui l'accesso al lavoro regolare è tanto più difficile quanto più inamovibili sono gli *insiders*: se è discutibile (e largamente discusso) l'effetto depressivo prodotto sui livelli occupazionali com-

pllessivi del sistema dalle limitazioni della facoltà di recesso dei datori di lavoro (1), c'è invece pieno consenso tra gli economisti sul fatto - ovvio, del resto - che dette limitazioni riducono il *turn over* fra *insiders* e *outsiders* nel mercato del lavoro (2). Tra i costi esterni derivanti dalla disciplina limitativa dei licenziamenti va dunque certamente annoverato l'allungamento del periodo medio di permanenza dei disoccupati o degli irregolari in tale loro posizione.

Ai costi del regime di limitazione dei licenziamenti per le imprese, per gli utenti e per gli *outsiders* si aggiungono infine alcuni costi rilevanti anche per gli *insiders*. Un primo costo è ravvisabile nella riduzione complessiva dei livelli retributivi. È il "premio" (di cui abbiamo già parlato nel § 6) che il lavoratore paga per l'assicurazione, cioè per il trasferimento del rischio a carico dell'imprenditore: quest'ultimo sarebbe naturalmente disposto a pagare di più per un rapporto di lavoro che gli lasci una libera facoltà di recesso (3). Un secondo costo è quello che il lavoratore protetto sopporta in termini di rischio di disoccupazione più lunga nel caso in cui, nonostante tutto, il posto di lavoro venga perduto: a quel punto la riduzione del *turn over* tra occupati e disoccupati, conseguente al regime generale di stabilità, gli si ritorce contro; le mura alte e le porte strette della cittadella, costruite per proteggerlo, diventano un ostacolo per un suo rientro nella cittadella del lavoro regolare. E a questo ostacolo di carattere generale si aggiunge per lui quello costituito dal particolare "stigma" negativo dell'essere stato licenziato nonostante la protezione: quanto meno numerosi sono i casi di licenziamento, tanto più negativa è l'immagine del lavoratore licenziato nel mercato del lavoro (4).

38. - Come e perché limitare i licenziamenti può recare vantaggi alla collettività e alle stesse imprese

(1) Tra gli studi più recenti in proposito v., nel senso della correlazione inversa tra limitazione della facoltà di licenziamento e livelli occupazionali, H. HOPENHAYN e R. ROGERSON, *Job Turnover and Policy Evaluation: a General Equilibrium Analysis*, in *Journal of Political Economy*, 1995, n. 5, pp. 915 - 938, dove il "costo" di tale limitazione in termini occupazionali è indicato nel 2,5% di forza-lavoro disoccupata per ogni annualità di retribuzione che il datore di lavoro deve pagare a titolo di indennità di licenziamento; nello stesso senso in precedenza E.P. LAZEAR, *Job Security Provisions and Employment*, in *Quart. Journ. Econ.*, 1990, pp. 699 - 726. Nel senso opposto, oltre a G. ALOGOSKOUFIS et al., *Unemployment ecc.*, cit. nella nota 7, v. S. BENTOLILA e G. BERTOLA, *Firing Costs and Labour Demand: How Bad is Euroclerosis?*, in *Rev. Ec. Studies*, 1990, pp. 381 - 402, dove è argomentata, sulla base di un modello teorico, la tesi secondo cui l'effetto di contenimento dei licenziamenti prodotto dalla limitazione legale è superiore rispetto all'effetto depressivo sulla propensione dei datori di lavoro ad assumere: donde un saldo occupazionale complessivamente positivo della disciplina limitativa. Va segnalata anche la tesi ultimamente esposta da G. FELLA, *Shirking, Labour Hoarding and Individual Dismissal Costs*, paper datt., London School of Econ., s.d. ma 1996, secondo il quale i vincoli imposti ai licenziamenti collettivi e, più in generale, ai licenziamenti non motivati da difetti della prestazione lavorativa individuale avrebbero un effetto inequivocamente positivo sui livelli occupazionali, mentre avrebbero l'effetto opposto i vincoli imposti ai licenziamenti motivati da inadempimento, scarso rendimento o inadeguatezza oggettiva sopravvenuta della prestazione individuale.

(2) V. in proposito § 3 ed ivi nota 22. Si osservi che al basso *turn over* tra *insiders* e *outsiders* nel nostro mercato del lavoro si accompagna un tasso italiano complessivo di *turn over* negli organici aziendali abbastanza in linea con quello degli altri Paesi dell'OCDE (v. i dati OCDE 1994 citati da ALOGOSKOUFIS e al., *Unemployment: what choice for Europe?*, cit. nella nota 7, tab. 1.5, p. 20): ciò sta a indicare, in sostanza, che la mobilità del lavoro in Italia è - prevalentemente, e comunque più che altrove - una mobilità da posto a posto, cioè mobilità spontanea tra *insiders*. Sul punto v. anche lo studio di P. SESTITO cit. nella nota 9.

(3) V. in proposito § 6 ed ivi particolarmente nota 47; inoltre § 42. Ravvisa una correlazione inversa tra limitazione della facoltà di licenziamento e livelli retributivi anche G. BERTOLA, *Job Security, Employment and Wages*, in *Eur. Ec. Rev.*, 1990, pp. 851 - 886.

(4) L'evidenza di una maggiore difficoltà nel reperimento della nuova occupazione da parte del lavoratore che abbia perso un posto di lavoro fortemente protetto contro il licenziamento, rispetto al lavoratore che abbia perso un posto protetto più debolmente, è segnalata da P. CANZIANI, *Imperfect Information, Firing Costs and Unemployment*, paper datt., Cambridge Mass., M.I.T., genn. 1996: "firing costs increase the stigma associated with a bad employment history, which increases long-term unemployment".

Se i costi di cui si è detto costituiscono altrettanti buoni argomenti contro il regime di stabilità dei posti di lavoro, altri solidi argomenti militano invece in senso opposto.

L'argomento che viene più frequentemente addotto a favore della limitazione della libertà di licenziamento è costituito dal costo sociale connesso con la maggiore mobilità del lavoro: costo consistente non soltanto nel disagio - talora grave e per lo più inversamente proporzionale al livello di reddito - che il lavoratore e la sua famiglia sopportano per il mutamento del luogo geografico di svolgimento del rapporto, ma anche e soprattutto nello *stress* che inevitabilmente si accompagna alla situazione di incertezza circa la durata del rapporto stesso (5). L'affidamento che il lavoratore può fare su di una ragionevole continuità del proprio reddito gli consente di programmare meglio le proprie spese ottimizzando l'utilizzazione delle risorse di cui dispone (si pensi, ad esempio, all'avviamento di un figlio a un costoso ciclo di studi, oppure all'acquisto o ristrutturazione dell'abitazione); da questo punto di vista può risultare anche *ex post* migliore - a parità delle altre condizioni - la qualità della vita del lavoratore che ha occupato un posto di lavoro per dieci anni guadagnando quaranta milioni all'anno e godendo di un regime di stabilità del rapporto, rispetto alla qualità della vita del lavoratore che abbia occupato lo stesso posto per lo stesso periodo guadagnando cinquanta milioni l'anno, ma col rischio costante di essere licenziato: quest'ultimo, non potendo far conto con sicurezza sulla continuità del reddito, può aver negato al figlio l'accesso a un corso di laurea, oppure può essersi indotto a rimanere in una casa in affitto troppo piccola per la famiglia, e avere speso i propri soldi per consumi effimeri. In altre parole, la stabilità del posto è un bene della vita aggiuntivo rispetto agli altri beni - la retribuzione, il mantenimento o l'incremento della professionalità, le relazioni sociali - che un lavoratore può conseguire per mezzo del contratto di lavoro: un bene che può essere apprezzato in modo diverso da diversi soggetti, ma che ha sempre un suo valore (6).

Tutto questo non basterebbe ancora a giustificare che il regime di stabilità venga imposto inderogabilmente per legge: in un mercato del lavoro maturo potrebbe infatti lasciarsi che il lavoratore maggioremente negozi con l'imprenditore la ripartizione ideale del rischio, scambiando sicurezza contro retribuzione o viceversa, cioè accentuando o riducendo secondo le proprie personali preferenze la funzione assicurativa del contratto di lavoro, di cui abbiamo parlato a suo luogo (§ 6). Senonché abbiamo anche osservato a questo proposito che i meccanismi spontanei del mercato - in assenza di una norma inderogabile che vincoli il contratto a tale funzione assicurativa e in situazione di imperfetta informazione dell'imprenditore circa le qualità personali dei lavoratori che si candidano a lavorare per lui -, spingerebbero i lavoratori a rinunciare alla clausola di stabilità nella negoziazione individuale, per evitare di "segnalarsi" alla controparte quali individui particolarmente "a rischio" (l'imprenditore, di fronte a un lavoratore che chieda l'inserimento nel contratto della clausola di stabilità, potrebbe presumere che questi tema più degli altri di fornire una prestazione insoddisfacente o voglia riservarsi di "prendersela calma" sul lavoro). In assenza della norma inde-

(5) Il ministro del lavoro statunitense R. REICH, secondo recenti notizie di stampa, riferendosi all'ondata di licenziamenti collettivi che sta investendo le grandi e medie imprese nord-americane impegnate in operazioni di *down-sizing* (operazioni salutate da cospicui rialzi delle rispettive azioni in Borsa), avrebbe parlato del rischio che la nostra diventi una "generazione dell'ansia". Anche negli Stati Uniti, patria dell'*employment at will*, si registra peraltro negli ultimi anni una marcata tendenza a un controllo giudiziale più incisivo - pur in assenza di riferimenti legislativi, tranne che nello Stato del Montana - sui motivi dei licenziamenti individuali: v. in proposito A.B. KRUEGER, *The evolution of unjust-dismissal legislation in the United States*, in *International Labor Relations Review*, luglio 1991, n. 4, pp. 644 - 660, recensito da me in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, III, pp. 233 - 236; R. EDWARDS, *Rights at Work. Employment Relations in the Post-Union Era*, Washington, Brookings Inst., 1993, partic. pp. 188 - 206; N. BENEDETTO, *Employment at will e tutela contro i licenziamenti privi di giusta causa: il caso degli Stati Uniti*, in *Dir. rel. ind.*, 1995, pp. 219 - 235;

(6) Alcune considerazioni interessanti a questo proposito sono svolte da M. TANI, *La mobilità del lavoro non sempre crea più occupazione*, in *Italia oggi*, 25 aprile 1996, p. 6.

rogabile, il libero gioco del mercato porterebbe dunque a una situazione in cui il rischio del risultato del rapporto di lavoro sarebbe generalmente e irrazionalmente posto a carico della parte che è normalmente meno propensa al rischio (il lavoratore): nel linguaggio degli economisti, prevarrebbe un assetto negoziale non pareto-efficiente. La norma inderogabile per la quale l'impresa che assume un lavoratore alle proprie dipendenze si obbliga nei suoi confronti a una gestione previdente del rapporto, tale da garantirlo contro il rischio dell'improvviso venir meno dell'occupazione e del relativo reddito, risponde dunque a un'esigenza apprezzabile anche sul piano della stretta razionalità economica.

Questa clausola assicurativa del contratto non risponde, peraltro, soltanto a un interesse individuale del lavoratore, bensì anche a un interesse generale della collettività all'elevazione dei livelli di professionalità e quindi della produttività del lavoro: mentre la maggiore mobilità del lavoro derivante dalla piena libertà di recesso per il datore di lavoro può favorire rilevanti dispersioni di professionalità maturate in azienda e quindi disincentivare l'impresa e il lavoratore dall'investire tempo, fatica ed eventualmente denaro su di un programma di miglioramento della professionalità specifica, un contratto che assicuri una ragionevole sicurezza di continuità del rapporto può costituire un incentivo per il lavoratore a compiere tale investimento, allargandone gli orizzonti temporali, e quindi un incentivo per l'impresa a determinare i propri programmi e la propria organizzazione in modo da trarre maggior frutto dall'investimento stesso (7). E abbiamo visto (§ 32) l'enorme importanza che l'investimento in capitale umano è destinato ad assumere nel prossimo futuro per la lotta contro la disoccupazione derivante dalla rivoluzione tecnologica. Anche per questo aspetto il funzionamento spontaneo del mercato, senza una norma inderogabile che imponga una limitazione della facoltà di recesso del datore di lavoro, porterebbe a risultati non ottimali: la singola impresa è infatti sempre riluttante ad accollarsi un costo in funzione della formazione del lavoratore, correndo il rischio che i relativi frutti siano goduti da un'altra impresa; e pattuire una clausola di stabilità è di per sé accollarsi un costo. L'intervento legislativo si giustifica pertanto con la necessità di obbligare ciascun imprenditore a un comportamento da cui tutti complessivamente trarranno vantaggio.

Ai due argomenti or ora esposti se ne aggiunge infine un terzo: la precarietà del posto di lavoro, stanti i costi che per il lavoratore derivano dal licenziamento, costringe il lavoratore stesso in una posizione di debolezza nei confronti della controparte, inducendolo a far valere con minore decisione, o a non far valere affatto, i propri diritti; se e nella misura in cui, dunque, si ritiene che dei diritti indisponibili debbano essere attribuiti al lavoratore nel rapporto di lavoro, è necessario assicurargli anche una qualche tutela contro il recesso del datore di lavoro. In questo ordine di idee la tutela contro il licenziamento assurge al ruolo di chiave di volta dell'intero sistema di tutela del lavoro.

Vi sono dunque solidi motivi di ordine economico, tecnico-produttivo e politico-sociale per ritenere opportuno che la legge, vincolando il contratto di lavoro a svolgere in qualche misura la funzione assicurativa di cui si è detto, faccia carico a tutte le imprese dell'onere di programmare adeguatamente il proprio fabbisogno di lavoro (il cosiddetto *manpower planning*) e di addossarsi almeno in parte il costo sociale derivante da una limitazione dei licenziamenti determinati da esigenze

(7) Cfr. G. ALOGOSKOUFIS, C. BEAN, G. BERTOLA, D. COHEN, J. DOLADO, G. SAINT-PAUL, *Unemployment: what choice for Europe?*, Monitoring European Integration 5, CEPR, London, 1995, p. 69: "There is no theoretical presumption - and certainly no hard evidence - that mandated job security not only decreases otherwise unsurable income uncertainty, but also increases productive efficiency once all their effects are taken into account. Labour market rigidities are quite obviously a very blunt tool for pushing market allocations closer to an unachievable first-best. Yet job security certainly lengthens the horizon of job-specific investment decisions, and this beneficial aspect should be kept in mind when evaluating the desirability of across-the-board labour market deregulation".

ze aziendali oggettive. E si osservi come tutti e tre gli argomenti sopra esposti militino a favore di una limitazione della libertà di recesso del datore di lavoro estesa a *tutti* i rapporti aventi ad oggetto una prestazione di lavoro personale continuativa, e non soltanto - come oggi accade - a una parte minoritaria di essi.

Questo non può, tuttavia, far dimenticare i costi del regime di stabilità. La stabilità del posto di lavoro è un bene; ma un bene a cui non può essere attribuito un valore assoluto: essa produce anche dei costi per le imprese, delle diseconomie esterne rispetto al rapporto di lavoro e dei costi per i lavoratori stessi che ne beneficiano (§ 37), dei quali non si può tenere conto. Il problema è di valutare l'insieme di questi costi e trovare la conciliazione ideale tra l'interesse dell'impresa e degli utenti alla massima efficienza dell'organizzazione produttiva, l'interesse degli *insiders* alla stabilità e l'interesse degli *outsiders* alla possibilità di candidarsi alla sostituzione degli *insiders* inefficienti.

È giusto e necessario che l'ordinamento attribuisca alla stabilità un valore; ma non un valore assoluto e come tale sottratto a qualsiasi possibile transazione.

Nelle pagine che seguono vedremo come, per un verso, il nostro regime attuale di aleatorietà del controllo giudiziale sui licenziamenti nel settore privato, combinata con costi elevati di soccombenza dell'imprenditore, determini frequentemente situazioni che si avvicinano a una sostanziale inamovibilità del lavoratore, con le conseguenze irrazionali sopra richiamate (§ 37); e come, per altro verso, sia possibile correggere tale regime, mediante l'istituzione di un meccanismo di determinazione razionale del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, di controllo automatico della sua sussistenza e di tutela adeguata dell'interesse del lavoratore alla continuità dell'occupazione e del reddito anche in caso di licenziamento, addossando all'imprenditore il costo sociale del licenziamento: si tratta, in sostanza, dell'attivazione di una sorta di mercato della stabilità/flessibilità degli organici aziendali, governato mediante la predeterminazione autoritativa del prezzo minimo che l'imprenditore deve impegnarsi per contratto a pagare in cambio della cessazione del rapporto.

39. - Da dove nasce la rigidità del sistema

È convinzione diffusa che il sistema italiano sia di fatto caratterizzato da una marcata rigidità nella tutela dei lavoratori subordinati contro il licenziamento individuale e collettivo. Che non si tratti soltanto di un luogo comune è confermato da alcuni studi comparatistici, quale quello che qualche anno fa ha assegnato al nostro Paese, insieme al Portogallo, il tasso più alto di rigidità in questa materia tra i Paesi dell'Ocde (8); primato che probabilmente conserviamo ancor oggi, nonostante che la tutela contro il licenziamento nella sua forma più compiuta non si applichi nelle imprese di piccole dimensioni (9), e nonostante che negli ultimi anni si osservi la tendenza a una qualche

(8) V. in proposito D. GRUB, W. WELLS, *Employment Regulation and Patterns of Work in EC Countries*, in *OECD Economic Studies*, n. 21, inverno 1993, pp. 7 - 58, dove viene proposto uno studio comparativo e una misurazione del grado di rigidità delle discipline legislative nazionali dei Paesi dell'Unione Europea (escluso il Lussemburgo): il grado minimo, pari a 1, di difficoltà del licenziamento è attribuito al Regno Unito, seguito dal Belgio con 2, dalla Danimarca con 3, dall'Irlanda con 4, dalla Francia e dall'Olanda con 5,5, dalla Grecia con 7, dalla Germania con 8, dalla Spagna con 9, dall'Italia con 10 e dal Portogallo con 11 (v. ivi in particolare tabella 1 a pag. 14).

(9) In proposito v. ultimamente P. SESTITO, *I vincoli ad assunzioni e licenziamenti e la performance dell'occupazione* (ne *La mobilità della società italiana. Le persone, le imprese, le istituzioni*, a cura di G. GALLI, Roma, Sipi, 1996, pp. 209 - 252) il quale sottolinea come il mercato del lavoro italiano sia caratterizzato, per quanto riguarda il *turn over*, da "un'estrema differenziazione ... tra imprese e tra gruppi di lavoratori ... Per le imprese più grandi i margini di flessibilità sono discesi da strumenti quali la Cig": strumenti, cioè, di flessibilità interna, che non danno luogo a *turn over*; mentre "è per le imprese più piccole che il *turn over* è alquanto elevato, divenendo però spesso sinonimo di una situazione di precarietà endemica per i lavoratori. È perciò a una minoranza di persone che è ascrivibile l'intenso *turn over* complessivo" (p. 247).

maggior larghezza dei giudici nel riconoscere la sussistenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento (10). Nelle pagine che seguono mi propongo di analizzare il fenomeno dall'interno, per comprenderne le ragioni e individuare i meccanismi occulti che di fatto accentuano la rigidità del regime.

Pochi sanno, però, che in materia di licenziamento, come del resto in materia di mobilità endo-aziendale dei lavoratori, la legge vigente in Italia non pone affatto regole rigide, bensì contiene solo enunciazioni di principio che consentono, in sede di applicazione al caso concreto, la massima flessibilità: il licenziamento deve essere giustificato da un "notevole inadempimento" del lavoratore o da "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa" (art. 3 della legge n. 604/1966) (11).

La norma, dunque, non "ingessa" la materia in una casistica dettagliata, né è formulata in termini che evocano una particolare severità; essa pertanto non costituisce affatto, di per sé, ostacolo a un'adeguata valorizzazione, in sede di controllo giudiziale dei motivi del recesso dell'imprenditore, delle esigenze obiettive aziendali e degli altri interessi eventualmente coinvolti. Se, ciononostante, il nostro sistema è percepito - dall'osservatore esterno al pari di chi opera al suo interno - come uno tra i più rigidi del mondo, questo è evidentemente dovuto al fatto che i giudici del lavoro, nell'esercizio dell'ampissimo potere discrezionale attribuito loro dalla legge in quelle materie, tendono a garantire prioritariamente l'interesse del lavoratore alla stabilità del posto rispetto alle esigenze obiettive aziendali e agli interessi degli *outsiders*, le cui speranze di accesso a un'occupazione regolare, come si è visto, sono sensibilmente ridotte dalla inamovibilità degli *insiders*.

Sbagliano, così facendo, i giudici del lavoro? In alcuni casi, a mio avviso, certamente sì: nei paragrafi successivi vedremo come la severità dei giudici del lavoro nell'interpretazione della regola del giustificato motivo travalichi talora nettamente i limiti della pur ampia discrezionalità che la legge assegna loro in questa materia. Nella maggior parte dei casi, però, non si può dire che la severità del giudice sia censurabile sul piano strettamente giuridico: la legge, come ho detto, gli affida il compito di una valutazione comparativa dei soli interessi direttamente in gioco, lasciandogli una ampia discrezionalità di giudizio. L'orientamento giurisprudenziale fortemente restrittivo in materia di giustificato motivo di licenziamento è semmai criticabile sul piano degli effetti economici: esso infatti, nella sua rigidità, sembra tener conto prevalentemente dell'interesse degli *insiders* alla massima stabilità e tranquillità, rendendo molto difficile la sostituzione dei lavoratori inefficienti o scansafatiche e riducendo così in modo eccessivo la possibilità di accesso al lavoro tutelato per gli *outsiders*; ne consegue il configurarsi del mercato del lavoro come un mercato duale, nel quale l'area del lavoro regolare dove si applica la tutela forte contro i licenziamenti (quella

(10) Cfr. G. BERTOLA e A. ICHINO, *Crossing the river: a comparative perspective on Italian employment dynamics*, in *Economic Policy*, n. 21, ottobre 1995, dove, pur confermandosi l'appartenenza del sistema italiano al novero di quelli caratterizzati da maggiore rigidità, si riportano e commentano dati dai quali appare una tendenza alla riduzione della rigidità effettiva "in uscita" nel corso degli anni '80 (particolarmente pp. 401 e 402 ed ivi tavola 16). Questa tendenza non sembra, però, confermata dal dato relativo alla probabilità di interruzione del rapporto di lavoro nell'intervallo di dodici mesi (tratto da P. GENNARI, P. SESTITO, *Lifetime Jobs and Turnover in Italy*, lavoro in progress, 1996): la percentuale media riferita a tutti i rapporti di lavoro dipendente extra-agricolo in Italia si è ridotta dall'11,71% per l'intervallo luglio '93 - luglio '94 all'11,56% per l'intervallo gennaio '94 - gennaio '95 (la probabilità di interruzione del rapporto di lavoro in entrambi i periodi considerati è minima - intorno al 6,5% - per i lavoratori assunti nel quinquennio 1971-1975 e sale progressivamente per i lavoratori con anzianità di servizio minore o maggiore, fino a superare il 20% per gli assunti prima del 1961 o dopo il 1992).

(11) Analogamente, il trasferimento deve essere giustificato da "comprovate ragioni tecniche e produttive" (art. 13 dello Statuto dei lavoratori del 1970); le mansioni a cui il lavoratore viene spostato devono essere "equivalenti" alle precedenti, senza, però, che la norma (ancora art. 13 St. lav.) chiarisca quali debbano essere i criteri di equivalenza.

dei nove milioni di lavoratori super-protetti: v. § 2) assume l'aspetto di una cittadella fortificata, con mura troppo alte e porte troppo strette (12).

40. - Ancora sugli interessi di *insiders* e *outsiders* in materia di licenziamenti

In difesa della severità dei giudici nell'accertamento del giustificato motivo di licenziamento potrebbero ripetersi tutti gli argomenti cui abbiamo accennato all'inizio del capitolo: senza una tutela contro il licenziamento, le condizioni di lavoro sarebbero complessivamente peggiori. E potrebbe aggiungersi che non soltanto gli *insiders* sono interessati al mantenimento di questa tutela, ma anche gli *outsiders*, ai quali può convenire di fare un po' più fatica a trovare lavoro se la prospettiva è quella di trovare un posto più stabile, in condizioni di maggiore dignità, sicurezza e libertà.

Questo argomento, però, come abbiamo già osservato (13), regge soltanto se e nella misura in cui l'*outsider* abbia una effettiva prospettiva concreta di accesso all'occupazione regolare e stabile entro un lasso di tempo ragionevole. Se invece il mercato del lavoro è compartimentato al punto da relegare stabilmente l'*outsider* nell'area della disoccupazione o del lavoro irregolare o non tutelato, egli non può evidentemente essere in alcun modo cointeressato con l'*insider* al mantenimento di un regime di stabilità dei posti di lavoro regolari, proprio perché questo regime si chiude in se stesso escludendolo.

Perché *insiders* e *outsiders* possano essere cointeressati al mantenimento della tutela più rigida della stabilità dei posti di lavoro regolari occorrerebbe che ci fossero buone prospettive di azzeramento a breve termine del tasso di disoccupazione e di lavoro irregolare, oppure che tra *insiders* e *outsiders* ci fosse un apprezzabile *turn over*: quanto più alto e incompressibile è il tasso di disoccupazione e di lavoro irregolare, tanto più è necessario - per garantire l'equità del sistema di tutela - assicurare un tasso accettabile di *turn over* tra *insiders* e *outsiders*, in modo che anche questi ultimi abbiano una prospettiva ragionevole di beneficiare in un futuro non troppo lontano della tutela. Ma, in una situazione in cui non sia possibile ridurre drasticamente in breve tempo il tasso di disoccupazione ed eliminare il lavoro irregolare, assicurare il *turn over* senza attenuare il regime di inamovibilità degli *insiders* appare impossibile: il ricambio tra gli uni e gli altri è logicamente incompatibile con l'inamovibilità. Si pone dunque il problema di dosare la tutela della stabilità in modo da realizzare una opportuna conciliazione degli interessi degli uni e degli altri (14).

Questo "dosaggio", come si è appena detto, non richiederebbe necessariamente un aggiustamento legislativo: la norma che attualmente disciplina la materia lascia al giudice una amplissima discrezionalità nella sua applicazione. Ma perché i giudici del lavoro calibrassero i propri orientamenti giurisprudenziali tenendo conto del problema anzidetto, occorrerebbe che davanti a loro comparissero in contraddittorio non soltanto l'imprenditore e l'*insider* che si oppone al licenziamento, bensì anche un pubblico ministero capace di promuovere l'interesse degli *outsiders* a un temperamento della rigidità generale del sistema, o addirittura i singoli *outsiders* interessati a sostituire il licenziato. Nel processo, invece, sono rappresentati soltanto gli interessi individuali delle due parti direttamente in causa; e nella valutazione comparativa di questi due interessi individuali non può sorprendere che il giudice tenda a dare maggior peso a quello del lavoratore licenziato, cioè della parte socio-economicamente più debole nel rapporto.

Vedremo tra breve perché l'ordinamento attuale non riconosce agli *outsiders* la legittimazione a intervenire nel giudizio: la ragion d'essere di questa esclusione è, in ultima analisi, la ragion

(12) V. § 3; inoltre, più ampiamente, A. e P. ICHINO, *A chi serve il diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, I, pp. 459 - 505.

(13) V. ancora § 3; inoltre op. ult. cit., particolarmente pp. 490 - 497.

(14) Un possibile modello per la soluzione di questo problema è proposto e discusso da G. SAINT-PAUL, *On the Political Economy of Labor Market Flexibility*, intervento alla *NBER Macroeconomic Annual 1993*, Cambridge Mass., M.I.T. Press, 1993, pp. 151 - 187, con interventi di discussione di A. ATKESON e R.M. SOLOW.

d'essere dell'intero sistema giuslavoristico, cioè il principio di limitazione della concorrenza tra i lavoratori. Ma vedremo anche che a tale principio non può attribuirsi valore assoluto senza sacrificare irragionevolmente altri interessi di rango costituzionale. È dunque necessaria una correzione del sistema, non tanto nei suoi principi ispiratori, quanto nei meccanismi del suo funzionamento pratico.

41. - Evanescenza nelle aule giudiziali del motivo del licenziamento evidente in azienda

Il fatto che clausole generali pur flessibilissime, quali quelle che regolano la materia del licenziamento del lavoratore, producano il risultato di una notevole rigidità effettiva del sistema non può essere imputato esclusivamente all'orientamento giurisprudenziale prevalente circa l'interpretazione e applicazione delle clausole stesse: il fenomeno è anche conseguenza del fatto che sovente le motivazioni di un (possibile) licenziamento, evidentissime per chi viva quotidianamente in azienda, diventano impalpabili ed evanescenti nell'aula giudiziale, negli atti del processo.

Ciò che renderebbe opportuno o necessario per un'impresa il licenziamento di un lavoratore è, in molti casi, un insieme di circostanze difficilmente riducibili a capitoli di prova testimoniale che possano essere dedotti in giudizio: lo scarso impegno di un lavoratore nel lavoro, un suo grave difetto di *savoir faire* in determinati rapporti, una sopravvenuta grave inimicizia con un collega o un superiore col quale sarebbe necessaria invece una stretta cooperazione, oppure la sua insufficiente elasticità nell'adattare il proprio comportamento alle sopravvenienze, sono tutte circostanze che possono incidere in modo assai rilevante sull'utilità della prestazione per l'impresa, ma che il più delle volte sono scarsamente suscettibili di dimostrazione in sede giudiziale: esse infatti non possono quasi mai costituire oggetto di prova documentale, e difficilmente possono costituire oggetto di prova testimoniale dal momento che questa deve vertere su fatti e non su giudizi e valutazioni del testimone.

Poiché l'onere della prova sulla sussistenza del giustificato motivo di licenziamento del lavoratore grava, e non può che gravare, sul datore di lavoro, ne consegue inevitabilmente una notevole restrizione dei confini del giustificato motivo che può effettivamente essere fatto valere in giudizio rispetto ai confini del giustificato motivo teoricamente desumibili dalla norma sostanziale che regola la materia. Che è quanto dire una riduzione della praticabilità *effettiva* del licenziamento rispetto a quanto sarebbe giusto in linea teorica, sul piano del diritto sostanziale.

In alcuni casi, poi, il modo in cui la regola dell'onere probatorio viene applicata dà luogo a conseguenze vistosamente irrazionali. Un esempio: c'è il grave sospetto che un impiegato cassiere di banca sia legato a una cosca mafiosa, che pratica lo strozzinaggio e i sequestri di persona; egli viene per questo incriminato e licenziato; il giudice penale, ritenendo che gli indizi a carico del lavoratore non raggiungano la consistenza della prova certa, giustamente lo assolve, ma nella motivazione della sentenza si legge che è altamente probabile la fondatezza dell'accusa; il giudice del lavoro, constatato il difetto di prova certa della colpevolezza, annulla il licenziamento e reintegra il lavoratore nel suo posto di cassiere, incurante della "alta probabilità" che da quella posizione il lavoratore possa ancora attentare alla sicurezza della banca e dei suoi clienti (15). La meccanica trasposizione sul piano del rapporto di lavoro di un principio processual-penalistico finisce così col porre in ombra una rilevante esigenza oggettiva di sicurezza dell'impresa.

Un altro caso emblematico è quello, di cui ha riferito recentemente la stampa quotidiana (16), dell'impiegato delle Poste licenziato e denunciato per il furto di una busta contenente una schedina vincente del Totocalcio, risultata poi incassata da sua madre, il quale ha patteggiato la pena con il giudice penale; il giudice amministrativo, ritenendo che il patteggiamento non comportasse

(15) Un recente caso che presenta qualche analogia con quello descritto è quello a cui si riferisce la sentenza Pret. Napoli 27 marzo 1994 n. 6342, confermata da Trib. Napoli 27 marzo 1996.

(16) *Se il ministero licenzia i giudici fanno da scudo*, ne *La Repubblica*, 10 giugno 1996, p. 20.

l'accertamento della responsabilità dell'imputato, ha annullato il licenziamento e lo ha reintegrato nel posto di lavoro, tra il plauso generale degli utenti del servizio postale e dei contribuenti.

42. - Il difetto di dialogo tra i giudici e la parte maggiore e più produttiva dei lavoratori

Il garantismo o il pietismo del giudice nei confronti del lavoratore licenziato finiscono talvolta col sacrificare in modo eccessivo non soltanto le esigenze economiche dell'azienda e gli interessi degli *outsiders* e degli utenti, ma anche gli interessi della generalità degli altri dipendenti, privilegiando i lavoratori meno disposti a (o capaci di) adattarsi alle esigenze di flessibilità dell'impresa moderna, o addirittura premiando comportamenti di singoli lavoratori che sono giustamente censurati dai loro stessi colleghi. Si pensi, ad esempio, alla facilità con cui oggi in Italia un lavoratore può impunemente scaricare sui colleghi il proprio lavoro "mettendosi in malattia" anche per lunghi periodi pur in assenza di un reale impedimento al lavoro, o riducendo drasticamente il proprio rendimento; oppure al caso del lavoratore che rifiuta uno spostamento di orario o un mutamento di mansioni accettato da tutti gli altri per far fronte a una difficoltà aziendale; oppure ancora, più genericamente, al caso del lavoratore la cui produttività per qualsiasi motivo anche indipendente dalla sua volontà, sia scesa stabilmente al di sotto del costo corrispondente per l'impresa.

La giustizia del lavoro diventa così interlocutrice privilegiata di un segmento minoritario della forza-lavoro occupata ed è percepita dall'altro segmento come garante di posizioni di rendita parasitaria. L'iperprotezione che la giustizia del lavoro oggi per lo più assicura alla parte meno produttiva dei lavoratori regolari genera un effetto pericolosissimo anche per il sindacato e per i partiti politici di sinistra, i quali, tendendo a porsi acriticamente in una posizione conservatrice di questo stato di cose, finiscono col perdere consenso nella parte più produttiva. Pur nutrendo grande stima nei confronti della grande maggioranza dei magistrati che nei nostri tribunali e preture esercitano - talora ininterrottamente da venti o trent'anni - la funzione del giudice del lavoro, vedo il difetto più grave dell'attuale ordinamento giurisdizionale del lavoro nella loro istituzionale insensibilità rispetto alle mutevoli esigenze del sistema delle relazioni industriali e impermeabilità ai mutamenti culturali che si determinano nel mondo della produzione: il loro ipergarantismo corrisponde all'interesse effettivo di una parte sempre più ridotta della forza-lavoro, e non della migliore.

Questo difetto del sistema potrebbe forse essere corretto con una modifica della composizione dell'ufficio giudicante, consistente nell'affiancamento al magistrato di due giudici non togati, eletti rispettivamente dai rappresentanti sindacali dei lavoratori e dagli imprenditori o loro rappresentanti (17). La partecipazione di questi due giudici non togati alla decisione della controversia sul licenziamento potrebbe costituire un efficace antidoto contro la difficoltà di comunicazione della giustizia del lavoro non solo con il tessuto produttivo, ma anche con il grande mondo degli esclusi: sarebbe possibile infatti dare spazio e peso, nel quadro di questa nuova forma di partecipazione all'amministrazione della giustizia, anche agli interessi degli *outsiders*, opportunamente organizzati nell'ambito del sindacato confederale.

43. - Le conseguenze distorsive dell'eccesso di discrezionalità del giudice

Il sistema vigente ha poi alcune altre conseguenze distorsive di non poco conto. Poiché i giudici del lavoro non hanno tutti le stesse idee e gli stessi orientamenti, nelle sedi giudiziarie maggiori, dove le "sezioni lavoro" sono composte da più giudici, l'assegnazione all'uno o all'altro può essere decisiva per l'esito del giudizio (riducendosi così talora il processo del lavoro a una sorta di poco decorosa lotteria). E nelle sedi minori, dove opera un solo giudice del lavoro, il suo orientamento può determinare, nel mandamento di sua competenza, un tasso di flessibilità effettiva della disciplina del lavoro molto maggiore o molto minore rispetto ai mandamenti vicini, con possibili effetti distorsivi sulla concorrenza tra le piccole e medie imprese della zona.

(17) Sulle prospettive di riforma del processo del lavoro v., più ampiamente, §§ 66 e 67.

Se poi si considera che presumibilmente (18), pur senza esplicitarlo nella motivazione della sentenza, il giudice decide della legittimità di un licenziamento tenendo conto anche dell'entità del danno che ne deriva per il lavoratore nella situazione concreta, non ci si può stupire del fatto che il giudizio sia mediamente più severo nei confronti dell'impresa nelle zone a più alto tasso di disoccupazione rispetto a quanto avviene nelle altre. Così, ad esempio, l'esperienza pratica sembra indicare che per un imprenditore vincere una causa in materia di licenziamento sia più facile a Milano che a Napoli; il che si pone in contraddizione con la politica di riduzione delle rigidità di disciplina del rapporto di lavoro nelle zone più colpite dalla disoccupazione (si può approvare o avvertire questa politica, ma tutti dovrebbero concordare sul punto che ogni decisione in proposito spetta alle organizzazioni sindacali e imprenditoriali, al Governo e al Parlamento; non ai giudici del lavoro). Lo stesso fenomeno induce peraltro a ritenere che l'auspicata istituzione di servizi efficienti di assistenza al lavoratore nel mercato del lavoro - di cui si è discusso nel secondo capitolo -, sdrammatizzando gli effetti della perdita del posto, avrebbe presumibilmente la conseguenza indiretta di far allargare le maglie giudiziali che oggi frenano la mobilità.

Sta di fatto, comunque, che gli interventi di riduzione delle rigidità del sistema recentemente compiuti dal legislatore su materie tutto sommato marginali sono destinati a influire sul funzionamento complessivo del sistema assai meno di quanto possa influire - ad esempio - un corso per i giudici del lavoro organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, dedicato allo studio degli effetti economici degli orientamenti giurisprudenziali dominanti in materia di giustificato motivo di licenziamento. Almeno fino a quando la determinazione del grado di rigidità o di flessibilità del sistema sarà fatta dipendere pressoché totalmente dall'orientamento culturale in materia giuridico-economica dei giudici stessi.

44. - La "roulette russa" del licenziamento

Vanno considerati infine gli effetti della particolare severità dell'apparato sanzionatorio predisposto dalla legge contro il licenziamento ingiustificato.

Nell'area di applicazione del regime di "stabilità reale", quando il giudice ritiene che il recesso non sia sorretto da giustificato motivo il datore di lavoro viene condannato a reintegrare il lavoratore in azienda (sanzione, questa, che negli altri Paesi europei nei quali è prevista si applica invece solo nei casi di licenziamento discriminatorio o per rappresaglia) e a corrispondergli un risarcimento del danno pari alle retribuzioni maturate dalla data del licenziamento a quella della reintegrazione, con un minimo di cinque mensilità. Se il processo dura un anno, come mediamente accade, il datore di lavoro deve pagare a vuoto un anno di retribuzione al lavoratore, più i relativi contributi previdenziali; questi sono considerati come pagati tardivamente, con conseguente applicazione delle corrispondenti assai gravose sanzioni, che fanno lievitare notevolmente l'esborso complessivo: nel nostro caso, nel quale il processo è durato un anno, l'esborso per contributi e sanzioni ammonta all'equivalente di circa otto mensilità dell'ultima retribuzione (R). Per effetto della legge n. 108/1990, poi, il lavoratore - fermo restando il suddetto risarcimento - ha diritto di optare, in alternativa alla reintegrazione in azienda, per un indennizzo ulteriore pari a quindici mensilità di retribuzione. Infine, in quasi tutti i casi di annullamento del licenziamento il giudice condanna il datore di lavoro alla rifusione delle spese legali del lavoratore, che vanno così ad aggiungersi agli onorari e spese del legale dello stesso datore (S). Nell'ipotesi in cui il processo sia durato un anno, si concluda con l'annullamento del licenziamento, e il lavoratore rinunci alla reintegrazione, il costo della soccombenza per l'imprenditore, commisurato all'ultima retribuzione mensile del lavo-

(18) Che nella valutazione circa la sussistenza del giustificato motivo di licenziamento il giudice debba tener conto caso per caso dell'interesse concreto del lavoratore alla conservazione del posto, non sta scritto da nessuna parte; ma è presumibile che di fatto questo avvenga nella maggior parte dei casi. Un gruppo milanese di giuristi ed economisti sta svolgendo una ricerca di carattere interdisciplinare finalizzata a misurare il fenomeno

ratore (R), è pari a: $(12 + 8 + 15) R + S = 35R + S$; dove a S si può attribuire un valore tra i dieci e i venti milioni.

Ad esempio, se l'ultima retribuzione mensile lorda del lavoratore, maggiorata dei ratei delle mensilità aggiuntive, al momento del licenziamento ammontava a due milioni di lire, e il lavoratore, vincendo la causa, preferisce le quindici mensilità alla reintegrazione in azienda, il costo della soccombenza per l'imprenditore è di 70 milioni, cui se ne aggiungono almeno 10 di spese legali. Se invece il lavoratore preferisce la reintegrazione in azienda, il costo della soccombenza sarà tanto maggiore quanto più lungo il periodo di prosecuzione prevedibile del rapporto.

Poiché le cause in materia di giustificato motivo di licenziamento sono caratterizzate da un tasso di incertezza dell'esito particolarmente alto, l'alea del giudizio combinata con il costo elevato per l'impresa dell'annullamento del licenziamento ha l'effetto di aumentare notevolmente la "soglia" di gravità del motivo che può indurre il datore di lavoro a licenziare un dipendente, contribuendo così a rendere la rigidità effettiva del sistema ben superiore alla sua rigidità teorica. È come una sorta di "roulette russa"; l'alto costo della soccombenza dell'imprenditore corrisponde alla pallottola nel tamburo della rivoltella puntata alla sua tempia: nonostante che la probabilità dello sparo sia relativamente bassa, occorre avere dei motivi straordinariamente gravi per tirare il grilletto.

Per altro verso, l'imprenditore è tanto meno propenso a tentare la via del licenziamento quanto minore è la sua propensione al rischio: questo fa sì che l'entità della limitazione sostanziale della facoltà di recesso - che è quanto dire il grado effettivo di stabilità di cui gode il lavoratore - dipende da un dato del tutto casuale, quale la propensione al rischio dell'imprenditore, che varia da caso a caso. Ed è questo un altro aspetto di irrazionalità del regime vigente.

Anche per questo aspetto la riforma ideale sarebbe quella che riuscisse ad assicurare una tutela efficace del lavoratore contro l'arbitrio dell'imprenditore, senza bisogno che le scelte organizzative di quest'ultimo fossero assoggettate a una valutazione largamente discrezionale di un giudice o di un arbitro. Nelle pagine che seguono mi propongo di mostrare come questa prospettiva non sia affatto irrealizzabile.

45. - Ricostruzione del concetto di giustificato motivo oggettivo di licenziamento

Il "bilancio preventivo" di un rapporto di lavoro può essere in attivo, in pareggio, o in perdita, a seconda che - ragionando in termini di valore atteso - la produttività della prestazione del lavoratore (P) sia, rispettivamente, superiore, pari o inferiore al suo costo per l'impresa (C).

Parrebbe sostenibile, in via di prima approssimazione, che almeno nel terzo caso ($P < C$) sussista il giustificato motivo di licenziamento: se, infatti, la produttività della prestazione è inferiore al suo costo per l'impresa, si determina una divergenza rispetto alla funzione economica tipica del contratto di lavoro, suscettibile di essere considerata come valida "ragione (di recesso) attinente al regolare funzionamento" dell'attività aziendale (art. 3 della legge n. 604/1966). Ne conseguirebbe la possibilità di trarre dalla norma legislativa la regola seguente:

A) quando, in termini di valore atteso, il costo della prestazione lavorativa per l'impresa è superiore alla sua produttività, sussiste il giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

Senonché, come abbiamo visto, l'ordinamento attribuisce al contratto anche una funzione *lato sensu* assicurativa (§§ 6 e 38), la quale può giustificare la permanenza dell'obbligo di tenere in vita il rapporto anche in una situazione di sbilancio tra costo e produttività; e abbiamo visto come l'imposizione per legge di questa funzione assicurativa risponda a interessi di carattere generale che trascendono il bilancio dei costi e ricavi derivanti dal rapporto di lavoro per il singolo imprenditore in una situazione determinata. In altre parole: il licenziamento produce un costo sociale, di cui non si può non tenere conto nella valutazione circa la sussistenza del giustificato motivo. In questo ordine di idee occorre convenire che

B) non costituisce di per sé giustificato motivo oggettivo di licenziamento il fatto che, in termini di valore atteso, il costo della prestazione lavorativa per l'impresa sia superiore alla sua produttività.

Abbiamo però anche visto che la copertura assicurativa offerta dal contratto di lavoro non può essere illimitata senza comportare un "premio" eccessivo a carico del lavoratore (§ 7); e che comunque la tutela della stabilità non può costituire un valore assoluto, dovendo essa contemperarsi con la tutela di altri interessi (§ 37). Occorre dunque ritenere che vi sia un limite, oltre il quale lo sbilancio tra costo e produttività della prestazione del lavoratore giustifica il licenziamento; onde la regola *B* può essere precisata nei termini seguenti:

C) costituisce giustificato motivo oggettivo di licenziamento il fatto che la perdita prevedibilmente derivante per l'impresa dalla prosecuzione del rapporto di lavoro raggiunga un determinato limite.

Occorre chiedersi, a questo punto, come sia possibile accertare in concreto se sussista e di quale entità sia la perdita prevedibilmente derivante per l'imprenditore dalla prosecuzione del posto di lavoro.

Consideriamo il caso frequentissimo in cui l'imprenditore, per sopprimere un posto in organico, è disposto a pagare al lavoratore a fondo perduto una somma corrispondente a dodici, quindici o persino venti e più mensilità di retribuzione, in cambio della cessazione immediata del rapporto di lavoro. Questa disponibilità costituisce la prova migliore del fatto che, nelle attese dell'imprenditore, la prosecuzione del rapporto non soltanto non porterà all'impresa alcun vantaggio a breve o medio termine, ma porterà una perdita pari almeno alla somma che egli è disposto a pagare al lavoratore per evitare la prosecuzione stessa, più il costo della transazione (spese legali, perdite di tempo, agitazione sindacale contro la soppressione del posto di lavoro, incentivazione a condotte non collaborative di altri dipendenti interessati ad andarsene con la "buonuscita" straordinaria, ecc.). In linguaggio matematico, se indichiamo come sopra con *C* il costo della prestazione lavorativa, con *P* la sua produttività, e inoltre con *E* la somma che l'imprenditore è disposto a pagare quale "incentivo all'esodo" del lavoratore, maggiorata dell'insieme dei costi della transazione a carico dell'imprenditore stesso, si può affermare che

$$C - P \geq E.$$

Se dunque, con una opportuna regolamentazione legislativa della materia, si può azzerare o rendere trascurabile la componente di *E* costituita dai costi di transazione (con danno per il ceto forense, ma corrispondente vantaggio per tutte le altre parti interessate, compresi gli uffici giudiziari, i quali vedranno ridursi il loro carico di lavoro), ne consegue la possibilità di identificare l'entità dell'esigenza aziendale effettiva di risoluzione del rapporto con la somma che l'imprenditore è disposto a pagare per liberarsi del dipendente.

È ben vero che l'imprenditore potrebbe aver sbagliato i conti; ma è anche vero che - escluse, come devono rimanere escluse, le ipotesi di licenziamento del lavoratore malato e della lavoratrice in gravidanza o con figlio appena nato, nonché le ipotesi di licenziamento discriminatorio o per rappresaglia, dove l'imprenditore fa i conti con "voci" che non possono entrare nel bilancio (19) - nessuno può fare quei conti meglio di lui: la probabilità di errore è enormemente maggiore se i conti sono affidati a un terzo, quale è il giudice, del tutto estraneo all'azienda. Il giudice deve solo controllare che il motivo del licenziamento non sia illecito: esclusa questa causa di radicale nullità del licenziamento, la disponibilità dell'imprenditore a pagare costituisce la prova, e al tempo stes-

(19) Per questi casi deve, pertanto, essere mantenuta la sanzione della nullità del licenziamento, o della sua inefficacia fino alla cessazione della circostanza cui è collegato il divieto.

so la misura più attendibile che si possa avere, dell'utilità economica effettiva del licenziamento per l'impresa.

Contro questa conclusione si è osservato da parte di qualcuno che la somma offerta dall'imprenditore in cambio della cessazione del rapporto può non corrispondere affatto a una "perdita", bensì al *maggior profitto* che egli potrebbe trarre da una diversa organizzazione del lavoro o dalla sostituzione del lavoratore licenziato con uno più produttivo. In tal caso - si sostiene - l'interesse al conseguimento di quel maggior profitto non giustificherebbe l'addossamento al lavoratore del costo della perdita del posto: fin dall'epoca del diritto romano classico, *potior est qui certat de damno vitando, quam qui certat de lucro captando*. Senonché in un'economia di mercato la distinzione romanistica tra *damnum vitandum* e *lucrum captandum* perde qualsiasi significato: il vantaggio che la prosecuzione del rapporto impedisce di conseguire è a tutti gli effetti un "costo" per l'impresa (gli economisti lo chiamano "costo opportunità"), che contribuisce esattamente come tutti gli altri costi a ridurre la competitività. Pare dunque lecito sostituire la regola C con la seguente:

D) sussiste il giustificato motivo oggettivo di licenziamento quando l'imprenditore sia disposto, per ottenere la cessazione del rapporto, a sopportare un costo pari o superiore a un determinato limite.

46. - Il divieto di licenziamento come limite alla concorrenza tra i lavoratori

Pur consapevole dell'impossibilità di considerare di per sé irrilevante l'interesse dell'impresa a minimizzare i propri "costi opportunità", la giurisprudenza prevalente applica per lo più una regola parzialmente diversa dalla D ora enunciata. L'interesse obbiettivo dell'imprenditore a risolvere il rapporto di lavoro - si sostiene - può nascere dalla necessità di sopprimere il posto di lavoro in conseguenza di un ammodernamento tecnologico degli impianti o di una riduzione irreversibile del flusso di produzione; e in tal caso il licenziamento è giustificato. Oppure può nascere dalla possibilità di assegnazione delle mansioni del lavoratore licenziato ad altri lavoratori più efficienti o meno costosi: in questo caso il licenziamento deve considerarsi ingiustificato, nonostante che alla prosecuzione del rapporto consegua un rilevante "costo opportunità". La tesi può apparire arbitraria; ma essa, a ben vedere, non è altro che una applicazione particolare del principio generale di limitazione della concorrenza tra i lavoratori, cioè del principio che ha fin dall'origine ispirato il diritto del lavoro e il movimento sindacale; e lo stesso orientamento è seguito anche dalla giurisprudenza d'oltralpe (20) (dello stesso principio - come vedremo nel § 50 - è, in ultima analisi, espressione anche un'altra norma legislativa in materia di licenziamento: quella contenuta nell'art. 5 della legge n. 223/1991, che impone l'applicazione di criteri di scelta predeterminati per l'individuazione dei lavoratori da "collocare in mobilità" con il licenziamento collettivo: quanto più rigidamente è predeterminato il criterio di scelta obbiettivo, tanto meno i lavoratori saranno indotti a "sgomitare" tra di loro per rendersi più graditi e utili all'imprenditore).

Da questo orientamento giurisprudenziale dovrebbe dunque desumersi la regola secondo cui il giustificato motivo oggettivo di licenziamento può sussistere soltanto quando venga soppresso il posto di lavoro, non quando il lavoratore licenziato venga sostituito con uno o più altri.

(20) È emblematico, a questo proposito, il caso della *Videocolor* francese (ora *Thomson Tubes & Displays*), che ha chiuso il proprio stabilimento di Lione per spostare la produzione a Belo Horizonte in Brasile. La Corte d'Appello di Lione ha dichiarato illegittimi i licenziamenti, considerandoli come motivati dalla sostituzione dei lavoratori francesi con quelli brasiliani; la Corte di cassazione ha annullato la sentenza della Corte d'Appello (sentenza 5 aprile 1995, che può leggersi in *Dir. rel. ind.*, p. 153, con nota di J.-C. JAVILLIER, *Recenti orientamenti della Cassazione francese in tema di licenziamento per motivi economici*), considerando che nel caso specifico "lo stabilimento ... è stato effettivamente chiuso e ... l'attività produttiva è stata trasferita in altri stabilimenti - nella fattispecie all'estero - in un contesto differente, provocando un'effettiva soppressione dei posti di lavoro" (corsivo mio).

Senonché non sempre è possibile distinguere in modo netto un licenziamento per soppressione del posto di lavoro da un licenziamento per sostituzione del lavoratore. Si pensi al caso dell'impresa che chiude uno stabilimento in Italia per trasferire la produzione in Malesia o in Brasile: si tratta di soppressione dei posti di lavoro o di sostituzione dei lavoratori italiani con i loro concorrenti stranieri? Oppure si pensi al caso dell'impresa che sostituisce un anziano dattilografo dotato di macchina per scrivere tradizionale e addetto alla sola copiatura di testi con un giovane neo-assunto con contratto di formazione e lavoro, cui viene assegnato un *computer* per la video-scrittura e la tenuta della contabilità, con il compito di imparare a usarlo: si tratta di soppressione del posto di dattilografo per evoluzione tecnologica, o di sostituzione del lavoratore vecchio con un giovane che costa meno, è più efficiente ed essendo assunto a termine è probabilmente più desideroso di farsi apprezzare? In quest'ultimo caso è evidente che la decisione del giudice sul licenziamento del vecchio dattilografo dipenderà da valutazioni ben diverse (in particolare: dalla risposta al quesito se sia ragionevolmente possibile o no riqualificare professionalmente il lavoratore anziano) piuttosto che dalla questione bizantina se l'operazione sia qualificabile in termini di "soppressione del posto" (legittima) o di "sostituzione del lavoratore con un altro" (illegittima).

Comunque, anche là dove è indiscutibile che di sostituzione del lavoratore si tratta e non di soppressione del posto, neppure i giudici più sensibili alla *ratio* originaria del diritto del lavoro si spingono a considerare la limitazione della concorrenza tra i lavoratori come un principio assoluto e quindi ad attribuire carattere di absolutezza al divieto del licenziamento motivato con la sostituzione. Questo risulta con evidenza dal confronto tra due casi-limite.

Consideriamo per primo il caso in cui il titolare di una piccola impresa abbia da venti anni alle proprie dipendenze un fattorino ciclista che compie quotidianamente il giro delle consegne ai clienti in otto ore; e ipotizziamo che si presenti la possibilità di assumere un nuovo fattorino ciclista, più giovane, capace di compiere lo stesso giro quotidiano di consegne in sette ore e svolgere altre mansioni nell'ora restante. Nessun giudice probabilmente considererebbe giustificato il licenziamento del primo fattorino, motivato da quella piccola differenza positiva di produttività offerta dal secondo.

Ipotizziamo ora, invece, che quella stessa impresa abbia un forte allargamento del giro di clientela, tale per cui le consegne, se continuassero a essere fatte in bicicletta, richiederebbero il triplo del tempo: è assai meglio, dunque, provvedere a tutte le consegne, vicine e lontane, con un furgoncino a motore; ma il vecchio fattorino non ha la patente di guida, non intende procurarsela e non è capace di svolgere alcuna altra mansione utile in azienda. In questo caso, il licenziamento del vecchio fattorino, con contemporanea assunzione di un fattorino abilitato alla guida, avrebbe buone probabilità di superare positivamente la prova giudiziale.

I due casi si distinguono tra loro soltanto per l'entità del vantaggio che l'impresa trae dalla sostituzione: una distinzione non qualitativa, ma puramente quantitativa. E se la distinzione - sempre riferita alla quantità del vantaggio che al datore di lavoro deriva dal licenziamento - è puramente quantitativa, diventa logicamente poco sostenebile la distinzione tra il licenziamento motivato dalla sostituzione del lavoratore con un altro lavoratore e il licenziamento motivato dalla sostituzione del lavoratore con una macchina, ovvero dalla pura e semplice soppressione del posto.

Il ragionamento proposto, combinato con la conclusione raggiunta nel paragrafo precedente, porta dunque a enunciare la regola seguente:

E) sussiste il giustificato motivo oggettivo di licenziamento quando il sacrificio derivante per l'imprenditore dalla prosecuzione del rapporto (misurato dalla sua disponibilità a sopportare un costo in cambio della risoluzione) sia pari o superiore a un limite determinato, essendo irrilevante che al licenziamento consegua la soppressione del posto di lavoro o la sostituzione del lavoratore licenziato con altri più efficienti.

47. - Il *firing cost* come filtro automatico del giustificato motivo oggettivo

Quale sia il limite, l'entità minima dell'interesse economico dell'imprenditore che può giustificare il licenziamento, oggi è impossibile dire in modo preciso. Nessun trattato o manuale di diritto del lavoro fornisce in proposito indicazioni che vadano al di là di una rassegna della casistica giurisprudenziale. Ogni giudice del lavoro decide caso per caso, secondo il proprio orientamento culturale, il proprio intuito, la propria sensibilità, le proprie simpatie, l'abilità degli avvocati.

Come abbiamo già osservato (nel § 43), si può ipotizzare che nelle cause di impugnazione di licenziamento per giustificato motivo oggettivo i giudici operino, almeno in una parte dei casi e in qualche misura, un bilanciamento tra i due interessi direttamente in gioco, cioè una valutazione comparativa del sacrificio che deriva in concreto per l'impresa dalla prosecuzione del rapporto e del sacrificio che deriva in concreto per il lavoratore dalla perdita del posto. Non consta, però, che in Italia questo procedimento sia mai stato verbalizzato nella motivazione di una sentenza. Ed è certo che il procedimento stesso, anche se presumibilmente di fatto in qualche misura seguito dai giudici del lavoro, non risulta essere mai stato portato alla sua logica conseguenza estrema, consistente nel ritenere che l'imprenditore sia sostanzialmente libero di licenziare il lavoratore per il quale esista immediatamente, nelle vicinanze del vecchio posto di lavoro, un nuovo posto professionalmente equivalente, con uguale retribuzione, in ambiente sostanzialmente identico (in tal caso, essendo di entità trascurabile il costo del licenziamento per il lavoratore, basterebbe a giustificcarlo anche una perdita di entità trascurabile).

Abbiamo, peraltro, anche visto come questo procedimento di applicazione della norma possa portare conseguenze indesiderate, producendo una maggiore rigidità della tutela proprio nelle aree geografiche dove il tasso di disoccupazione è più alto (§ 43). Inoltre la determinazione caso per caso del costo derivante in concreto dal licenziamento per il singolo lavoratore non potrebbe che essere affidata al giudice, con la conseguente marcata incertezza circa il costo del licenziamento stesso. Per evitare questo inconveniente sembra preferibile che la soglia del giustificato motivo sia individuata in riferimento a un costo medio derivante dal licenziamento per un lavoratore-tipo. La regola *E*, cui eravamo pervenuti a conclusione del paragrafo precedente, potrebbe dunque essere precisata così:

F) sussiste il giustificato motivo oggettivo di licenziamento di un lavoratore nel caso in cui il sacrificio derivante per l'imprenditore dalla prosecuzione del rapporto (misurato dalla sua disponibilità a sopportare un costo in cambio della risoluzione) sia pari o superiore al costo medio derivante dalla perdita del posto per un lavoratore con analoghe caratteristiche.

Non resta, a questo punto, che individuare questo costo; e stabilire che l'imprenditore può licenziare il lavoratore soltanto se è disposto a sopportare un costo pari ad esso. Le considerazioni svolte nelle pagine precedenti sugli effetti distorsivi dell'incertezza circa le valutazioni dei giudici (§ 44) inducono a ritenere assai più razionale che sia il legislatore a prestabilire il limite con una norma di portata generale: a prestabilire, cioè, i criteri di determinazione del costo pagando il quale il datore di lavoro può ottenere la cessazione del rapporto di lavoro, in modo da sottrarre la materia all'alea del giudizio. Con questo - giova ripeterlo - non si elimina affatto la regola del giustificato motivo di licenziamento, bensì soltanto si sostituisce a un sistema di controllo giudiziale totalmente discrezionale una sorta di "filtro automatico". Il compito del giudice si riduce al controllo che la vera ragione del licenziamento non sia costituita da un *motivo illecito*, quale il motivo di discriminazione o rappresaglia politica, sindacale, religiosa, razziale, etnica, di genere, per il quale deve essere mantenuta la comminatoria di nullità del licenziamento; e che non sussistano circostanze quali la malattia, la maternità o il servizio militare, cui deve ricollegarsi l'inefficacia, cioè la paralisi temporanea dell'effetto della cessazione del rapporto fino a che perduri la circostanza impediante.

L'automatismo di questo regime nulla toglie di per sé, in linea di principio, alla tutela che la legge oggi offre ai lavoratori: anzi, come vedremo meglio tra breve, consente di perfezionarne la tutela del lavoratore licenziato assicurandogli un indennizzo oggi non previsto. Questa tecnica normativa consente altresì al legislatore di riappropriarsi, mediante la definizione quantitativa del giustificato motivo e l'eventuale sua differenziazione opportunamente correlata a determinate variabili, della prerogativa di determinare e opportunamente adattare il grado di flessibilità del regime di tutela della stabilità dei posti di lavoro, che oggi è invece è effetto casuale, disomogeneo e sovente arbitrario dell'orientamento dei giudici del lavoro.

48. - Il costo economico del licenziamento per il lavoratore e la sua copertura

Nel regime attuale, quando il datore di lavoro possa dimostrare (o comunque il giudice ravvisi) la sussistenza di un giustificato motivo di licenziamento, il lavoratore perde il posto senza alcun indennizzo, con un preavviso che nella maggior parte dei casi è di poche settimane, più un periodo di due mesi e mezzo per l'“esame congiunto” in sede sindacale e amministrativa se si tratta di un licenziamento collettivo. Nel caso del licenziamento individuale, il lavoratore può vedersi soppresso il posto nel giro di due o tre mesi, senza alcun indennizzo; nel caso del licenziamento collettivo il termine è un poco più lungo ed è prevista qualche provvidenza aggiuntiva per il lavoratore. L'uno e l'altro caso sono destinati nonostante tutto a diventare sempre più frequenti, in un sistema produttivo caratterizzato dalla competizione planetaria in tutti i settori e da un ritmo sempre più incalzante di obsolescenza di tecnologie, impianti e complessi aziendali: tutti convengono sul punto che nessun posto può ormai più dirsi sicuro.

In questo scenario, ciò di cui tutti i lavoratori hanno bisogno non è tanto un regime di controllo giudiziale sulle scelte organizzative dell'imprenditore (controllo difficile e sovente svolto - come si è visto - in modo arbitrario, quindi aleatorio), quanto un regime che garantisca in qualsiasi evenienza la disponibilità del tempo necessario per far fronte con calma alla perdita del posto di lavoro e di servizi efficienti per reperirne uno nuovo: la perdita del posto è un evento tanto meno drammatico per il lavoratore, quanto maggiore è il tempo e migliore l'assistenza di cui egli dispone, a reddito costante, per reperire una nuova occupazione e per prepararsi professionalmente e logisticamente a tale nuova occupazione; occorre, dunque, che l'esborso posto a carico del datore in funzione di “filtro automatico” del giustificato motivo di licenziamento (v. § 47) sia utilizzato per offrire al lavoratore licenziato un adeguato indennizzo della perdita del posto. Questo spiega perché l'entità dell'esborso - e quindi la soglia del giustificato motivo di licenziamento - debba essere direttamente proporzionale, almeno entro un adeguato limite massimo (v. § 52), all'ultima retribuzione del lavoratore.

È ragionevole ritenere, per altro verso, che il sacrificio personale e professionale derivante per il lavoratore dalla perdita del posto sia direttamente correlato anche con la sua anzianità di servizio in azienda: è diverso perdere un posto dopo sei mesi di lavoro o dopo vent'anni; anche perché quanto maggiore è l'anzianità di servizio, tanto maggiore è la probabilità che nel nuovo posto il lavoratore debba, almeno per un primo periodo, accontentarsi di una retribuzione inferiore (basti pensare, ad esempio, alla perdita degli scatti di anzianità) (21). Per altro verso, al maggior sacrificio sofferto dal lavoratore anziano corrisponde, nell'opinione comune, un maggior “debito di sicurezza” verso di lui a carico del datore di lavoro: al di là delle diverse motivazioni che se ne possono dare, tutti siamo convinti che per giustificare il licenziamento di un dipendente che ha lavorato in un'azienda per vent'anni occorrono motivi più consistenti che per il licenziamento di quello che è stato assunto soltanto l'anno scorso (22).

(21) V. in proposito le due ricerche citate nella nota 25.

(22) Un obiettivo della ricerca in corso sulle determinanti occulte delle decisioni degli imprenditori e dei giudici in materia di giustificato motivo di licenziamento - di cui ho fatto cenno sopra, nella nota 18 - è anche quello

Appare invece inopportuno che, per tener conto della maggiore difficoltà di reperimento di un'occupazione da parte delle persone di età più avanzata o con famiglia più numerosa, l'entità del giustificato motivo oggettivo sia determinata anche in funzione dell'età anagrafica o dei carichi di famiglia del lavoratore: questo infatti rischierebbe di costituire un handicap negativo per queste persone nel mercato del lavoro.

Sulla base delle considerazioni fin qui svolte sembra ragionevole precisare ulteriormente la regola *F* (v. paragrafo precedente) nel modo seguente:

G) sussiste il giustificato motivo oggettivo di licenziamento nel caso in cui il sacrificio derivante per l'imprenditore dalla prosecuzione del rapporto (misurato dalla sua disponibilità a sopportare un costo in cambio della risoluzione) sia pari o superiore al sacrificio economico e professionale derivante dalla perdita del posto per il lavoratore medio con pari retribuzione e pari anzianità di servizio.

Questa essendo la regola, la "soglia" quantitativa del giustificato motivo di licenziamento può essere determinata secondo i criteri più disparati, corrispondenti alle più diverse scelte di politica del lavoro; ma - giova ripeterlo ancora una volta - è per molti aspetti preferibile che il criterio sia scelto una volta per tutte dal legislatore, piuttosto che di volta in volta dal giudice.

Una delle infinite possibilità - che qui propongo soltanto al fine di mostrare come la regola *G* possa praticamente concretizzarsi - è quella di determinare detta "soglia" come somma di tre elementi:

- un primo elemento corrispondente all'ultima retribuzione mensile del lavoratore (*R*) moltiplicata per il tempo medio di attesa (*T*) della nuova occupazione, ovvero per il *numero di mesi ritenuti mediamente necessari per il reperimento di una nuova occupazione* da parte del lavoratore-tipo che si attivi ragionevolmente nel mercato del lavoro e sia disposto a sopportare i sacrifici indicati appresso; questo primo elemento è dunque pari a: $R \cdot T$.

- un secondo elemento corrispondente all'indennizzo della perdita subita dal lavoratore-tipo per la *riduzione del livello retributivo* (limitatamente ai primi due anni di lavoro nel nuovo posto) mediamente prevedibile come conseguenza dell'indebolimento della sua posizione nel mercato del lavoro per il solo fatto di essere stato licenziato, indipendentemente dall'anzianità di servizio: fino a che non siano disponibili dati più precisi in riferimento al mercato del lavoro italiano, questo elemento potrebbe essere quantificato in misura a due mesi di retribuzione ($2R$), sul presupposto che il lavoratore privo di apprezzabile anzianità subisca mediamente una perdita dell'8% rispetto all'ultima retribuzione ($8\%R \cdot 24 = 192\%R$) (23);

- un terzo elemento, infine, corrispondente all'indennizzo per la *maggior riduzione* del nuovo livello retributivo (sempre limitatamente ai primi due anni di svolgimento del nuovo rapporto) mediamente prevedibile come conseguenza della maggiore anzianità di servizio del lavoratore-tipo nel vecchio posto, nonché per il sacrificio mediamente derivante al lavoratore dallo spostamento del luogo di lavoro e dal conseguente mutamento delle sue abitudini quotidiane (sacrificio che generalmente è tanto maggiore, quanto maggiore è il periodo trascorso nel vecchio posto di lavoro): ipotizzando che per ogni anno di anzianità si determini mediamente una maggior riduzione del nuovo livello retributivo e un maggior sacrificio delle abitudini del lavoratore valutabili complessivamente in misura pari al 4% dell'ultima retribuzione, l'indennizzo per i primi due anni del nuovo rapporto di lavoro può ragguagliarsi approssimativamente a una retribuzione mensile ($4\%R \cdot 24 = 96\%R$) per ciascun anno intero di anzianità di servizio nel vecchio posto (*A*); dunque: $A \cdot R$.

di verificare se e in quale misura l'anzianità di servizio del lavoratore influisca su tali scelte. Su questo punto v. anche quanto si osserverà più diffusamente più avanti, nel § 50.

(23) V. in proposito le due ricerche citate nella nota 25.

Su questi presupposti, il danno economico e professionale cui deve essere commisurato il giustificato motivo oggettivo del licenziamento (G), secondo l'ultima regola enunciata, è rappresentato dall'equazione:

$$G = T \cdot R + 2R + A \cdot R = (T + A + 2) \cdot R.$$

Quale valore attribuire al coefficiente T, è scelta che il legislatore può compiere secondo il proprio orientamento di politica del lavoro, tenendo conto della congiuntura economica e dell'efficienza che sarà stata raggiunta dai nuovi servizi per l'impiego: quanto più efficienti essi diventeranno, tanto più potrà ridursi il coefficiente T e quindi la rigidità della disciplina dei licenziamenti.

Per avere un'idea degli effetti pratici della regola così delineata, possiamo provare ad attribuire alla variabile T il valore 4, sul presupposto che sia di quattro mesi il tempo medio per il reperimento, da parte di un lavoratore ragionevolmente attivo e disponibile nella ricerca, di un nuovo posto di lavoro comportante una perdita di retribuzione e un disagio complessivo per i primi due anni pari al $(8 + 4A)$ per cento (24) (l'ipotesi è, ad esempio, che occorran mediamente quattro mesi a un lavoratore normale con meno di un anno di anzianità di servizio in un'azienda, per trovare un posto che comporti per lui una perdita retributiva dell'8% rispetto al posto precedente; oppure a un lavoratore con cinque anni di anzianità di servizio in un'azienda, il quale si dia da fare attivamente per la ricerca di una nuova occupazione, per trovarne una nuova che comporti per lui un sacrificio complessivo in termini retributivi e di disagio personale per i primi due anni di entità pari al $(8 + 4 \cdot 5 =)$ 28% dell'ultima retribuzione; oppure ancora a un lavoratore con dieci anni di anzianità per reperire una nuova occupazione che comporti un sacrificio complessivo per i primi due anni di entità pari al $(8 + 4 \cdot 10 =)$ 48% dell'ultima retribuzione) (25). Se dunque il legislatore attribuisse il valore 4 alla variabile T, la regola generale sarebbe:

(24) È assolutamente fuori luogo, a questo proposito, fare riferimento al tempo medio di attesa del posto di lavoro da parte dei lavoratori oggi iscritti nelle liste del collocamento o nelle liste di mobilità: non esiste infatti alcun controllo sull'effettività della ricerca di una nuova occupazione e della disponibilità da parte loro ad accettare un sacrificio ragionevole in termini di reddito e/o di contenuto delle mansioni e/o di dislocazione geografica: anzi, la casistica riportata dai quotidiani sembra indicare un generale notevole difetto di tale disponibilità.

(25) Non conosco studi in proposito riferiti al mercato del lavoro italiano. In riferimento a quello statunitense v. L.S. JACOBSON, R.J. LA LONDE, D.G. SULLIVAN, *Earning Losses of Displaced Workers*, in *The American Economic Review*, sett. 1993, pp. 685 - 709 (ivi, nell'appendice bibliografica, i riferimenti alla letteratura statunitense precedente in materia): risulta dalla ricerca, condotta sulle retribuzioni effettive di un campione pari al 5% dei lavoratori subordinati della Pennsylvania nel periodo dal 1974 al 1986, che la perdita di retribuzione conseguente al licenziamento e susseguente passaggio ad altra impresa è mediamente maggiore per il lavoratore con maggiore anzianità di servizio nel vecchio posto, è maggiore in caso di licenziamento collettivo rispetto al caso del licenziamento individuale, mentre non presenta rilevanti correlazioni col variare delle condizioni del mercato del lavoro locale, con il sesso e con l'età del lavoratore. Per un lavoratore con più di 5 anni di anzianità nel vecchio posto di lavoro, la perdita di retribuzione media conseguente al passaggio a nuova impresa in seguito a licenziamento collettivo è pari circa al 25% dell'ultima retribuzione; se però si raffrontano le nuove retribuzioni dei licenziati con i livelli delle retribuzioni dei lavoratori che non sono stati licenziati (le quali subiscono solitamente una flessione o comunque aumenti più contenuti dopo le crisi occupazionali), la perdita si riduce mediamente al 20%. A risultati non contraddittori con questi conduce la ricerca di H.S. FARBER, *The Incidence and Costs of Job Loss: 1982-91*, in *Brookings Papers on Economic Activity. Microeconomics*, 1993, n. 1, pp. 73 - 119; oltre a rilevare la correlazione tra anzianità di servizio ed entità della perdita di retribuzione conseguente al licenziamento, F. determina l'incidenza media dell'anzianità sulla perdita nella misura dell'1% per ogni anno in più di *seniority*: "questo può essere una conseguenza della dispersione di capitale umano specificamente valorizzato nel vecchio posto di lavoro, derivante dalla perdita del posto stesso" (p. 111). F. Sottolinea inoltre la marcata ("fairly strong") evidenza del carattere temporaneo della perdita di retribuzione: essa tende a riassorbirsi col passare del tempo abbastanza rapidamente (p. 117). La perdita media nel primo anno dopo il licenziamento individuale o collettivo (calcolata però con criteri diversi rispetto a quelli applicati nella prima ricerca citata), risulta qui del 13,2%.

H) sussiste il giustificato motivo oggettivo di licenziamento nel caso in cui il sacrificio derivante per l'imprenditore dalla prosecuzione del rapporto (misurato dalla sua disponibilità a sopportare un costo in cambio della risoluzione) sia pari o superiore al valore monetario dell'ultima retribuzione mensile del lavoratore moltiplicata per il numero dei suoi anni di anzianità di servizio, aumentato di sei;

ovvero:

$$G = (6 + A) \cdot R.$$

Nelle imprese di piccole dimensioni il moltiplicatore (6 + A) potrebbe essere dimezzato (torneremo sul punto nel § 51).

In applicazione di questa regola, il giustificato motivo oggettivo di licenziamento sussisterebbe, ad esempio, quando il sacrificio derivante all'imprenditore dalla prosecuzione del rapporto fosse pari o superiore al valore monetario di

- 6 mensilità dell'ultima retribuzione per il lavoratore con anzianità inferiore a un anno,
- 10 mensilità dell'ultima retribuzione per il lavoratore con anzianità di 4 anni,
- 15 mensilità dell'ultima retribuzione per il lavoratore con anzianità di 9 anni,
- 20 mensilità dell'ultima retribuzione per il lavoratore con anzianità di 14 anni,
- 30 mensilità dell'ultima retribuzione per il lavoratore con anzianità di 24 anni,
- 36 mensilità dell'ultima retribuzione per il lavoratore con anzianità di 30 anni.

L'indennizzo particolarmente elevato per il lavoratore con alta anzianità di servizio corrisponde alla particolare difficoltà di reperimento di un nuovo posto di lavoro che solitamente incontra il lavoratore in età avanzata e ormai prossimo alla pensione; raggiunti, però, i requisiti per il pensionamento di vecchiaia, l'imprenditore è liberato dal vincolo del giustificato motivo di licenziamento (legge n. 108/1990, art. 4, c. 2°).

Si obietterà che il tempo medio necessario per il reperimento di una nuova occupazione non è lo stesso a Milano o Bologna e a Napoli o Palermo. Ma è agevole rispondere osservando che

- neppure il regime oggi vigente prevede una differenziazione del contenuto concreto del giustificato motivo a seconda delle condizioni del mercato del lavoro locale;
- forse, come si è detto (§ 43), i giudici operano di fatto tale differenziazione, ma in questo modo si determina un effetto di accentuazione della rigidità della disciplina proprio nelle regioni dove, secondo l'opinione prevalente, occorrerebbe invece maggiore flessibilità;
- è comunque preferibile che sia il legislatore e non il singolo giudice a stabilire il grado di flessibilità del sistema nella misura e nel modo ritenuti più opportuni, anche eventualmente in misura differente regione per regione, secondo le proprie opzioni politiche generali, operando sulla variabile T.

In ogni caso l'eventuale costo ulteriore, rispetto al valore di G determinato come sopra, derivante per il lavoratore più debole della media dalla perdita del posto dovrebbe essere per congrua parte - ancorché mai in modo totale, perché non sia eccessivo l'effetto di disincentivo alla ricerca attiva della nuova occupazione - coperto dall'assicurazione contro la disoccupazione; ed è assai più logico e razionale differenziare in relazione alle condizioni del mercato del lavoro regionale la durata del trattamento di disoccupazione piuttosto che il grado di flessibilità della disciplina dei licenziamenti. Ai servizi per l'impiego dovrebbe poi essere affidato il compito di un'assistenza al lavoratore più debole della media, idonea a neutralizzare il più possibile il suo difetto di competitività nel mercato, con l'offerta al lavoratore stesso di un *surplus* di servizi di ricerca intensiva del posto, riqualificazione mirata e/o assistenza per la mobilità geografica (26).

(26) V. in proposito § 13. Nello stesso senso v. inoltre P. SESTITO, *I vincoli ad assunzioni e licenziamenti e la performance dell'occupazione*, cit., secondo cui nel nostro Paese oggi "manca ... una piena consapevolezza della

Si obietterà, ancora, che la capacità economica dell'impresa operante, nel mercato del prodotto, in regime di monopolio non è la stessa dell'impresa operante in regime di concorrenza. In proposito va subito detto che è quanto meno dubbio che tale circostanza possa assumere rilievo ai fini dell'individuazione del giustificato motivo di licenziamento nell'ordinamento oggi vigente. Se il legislatore riterrà di attribuirle rilievo in sede di riforma, nulla vieterà di introdurre una corrispondente differenziazione nella formula per la determinazione del giustificato motivo. Ma a me sembra più razionale evitare tale differenziazione, poiché non vedo il motivo per cui l'ordinamento dovrebbe assicurare una maggior tutela ai lavoratori di un'impresa - quella operante in regime di monopolio nel mercato del prodotto - che, disponendo di margini di profitto più larghi, presumibilmente già offre ai propri dipendenti trattamenti più vantaggiosi e comunque può essere più facilmente costretta a offrirli in sede di negoziazione collettiva e individuale.

Per graduare l'impatto della riforma - e precisamente l'aumento del *firing cost* che può derivarne nei casi di chiusura di azienda, dove oggi il licenziamento può avvenire con relativa facilità e a basso costo, e la riduzione che può derivarne nei casi di scarso rendimento individuale, dove invece oggi il licenziamento è più difficile - sarebbe opportuno che venisse previsto un periodo adeguato di *vacatio legis*: ad esempio, che tra l'emanazione della legge e la sua entrata in vigore trascorressero un anno e mezzo o due. In tal modo si otterrebbe probabilmente di massimizzare gli effetti positivi sul piano occupazionale nel breve e medio termine. L'"annuncio" di un nuovo regime nel quale sarà più facile in azienda porre rimedio alle situazioni di scarso rendimento e ottimizzare l'allocatione delle risorse umane può, per un verso, produrre immediatamente un aumento della propensione degli imprenditori ad assumere; per altro verso, la dilazione dell'entrata in vigore del nuovo regime eviterebbe di provocare una accelerazione di scelte imprenditoriali di cessazione totale di attività, che col vecchio regime sono meno costose.

49. - Il costo morale del licenziamento e il "preavviso lungo" come suo rimedio

Nella quantificazione analitica del sacrificio derivante per il lavoratore dal licenziamento non abbiamo ancora considerato la componente di natura psicologica, affettiva e "di immagine", che è sempre in qualche misura presente nel danno causato dall'estromissione repentina dall'ambiente di lavoro e dalla brusca interruzione dei rapporti con i colleghi e con gli interlocutori esterni all'azienda: sovente il problema del licenziamento per il lavoratore è di natura morale più e prima che patrimoniale; pesa più l'umiliazione di fronte ai familiari, agli amici, ai colleghi, di trovarsi improvvisamente disoccupato, che non la difficoltà di reperimento di una nuova occupazione.

Questa componente del danno può, tuttavia, essere ridotta al minimo senza un rilevante costo aggiuntivo per l'imprenditore (e pertanto senza un innalzamento della soglia del giustificato motivo), consentendo al lavoratore la scelta tra interrompere la propria prestazione percependo immediatamente l'intero indennizzo, oppure rimanere in azienda nel periodo necessario per la ricerca della nuova occupazione (27), fino a un termine massimo corrispondente all'entità dell'indennizzo stes-

necessità che la riduzione dei vincoli ai licenziamenti, direttamente o per tramite di un maggior spazio per i contratti a termine, sia affiancata dall'introduzione di strumenti e meccanismi che mirino a rafforzare la posizione dei singoli lavoratori nel mercato esterno".

(27) Nella letteratura economica d'oltreoceano prevale un'opinione negativa circa l'utilità del preavviso di licenziamento al fine della riduzione dei periodi di disoccupazione: v. in proposito ultimamente S.R.G. JONES e P. KUHN, *Mandatory Notice and Unemployment*, in *Journal of Labour Economics*, 1995, n. 4, pp. 599 - 622, dove si osserva una correlazione diretta soltanto tra termini di preavviso brevi e riduzione dei periodi di disoccupazione brevi, ma non tra termini di preavviso lunghi e riduzione della disoccupazione di lunga durata. Si osservi, però, che il meccanismo del "preavviso lungo" qui proposto si distingue da quello a cui si fa comunemente riferimento, poiché qui si

so, che in tal caso, invece che essere corrisposto immediatamente in unica soluzione, si trasforma in normale retribuzione periodica (28). Salvo, ovviamente, il caso in cui la soppressione anche materiale del posto di lavoro renda impossibile l'opzione del lavoratore per il "preavviso lavorato"; e salva la facoltà del datore di lavoro di porre comunque fine al rapporto con il pagamento dell'indennizzo residuo, quando sia decorso un termine massimo (ad es.: da sei mesi a un anno, a seconda dell'anzianità) di "preavviso lavorato".

La forma che la nuova regola potrebbe assumere è dunque quella di una norma legislativa che imponga, in tutti i casi di licenziamento di lavoratore che abbia superato il periodo di prova, il diritto del lavoratore stesso a un preavviso determinato secondo la formula sopra illustrata, con facoltà di opzione in qualsiasi momento per la cessazione immediata del rapporto e il pagamento di un'indennità corrispondente alla parte di preavviso non lavorata (per questo aspetto la tecnica normativa di cui qui si propone la sperimentazione si distingue sia da quella dei *severance payments*, di entità peraltro relativamente modesta, previsti dall'ordinamento britannico, sia da quella della *convention de conversion* prevista dall'ordinamento francese (29), che entrambe consentono l'estromissione unilaterale del lavoratore dall'azienda entro un termine molto breve; si distingue altresì da qualsiasi sistema di tutela che - come la nostra legge n. 223/1991 - si limiti a prevedere l'imposizione al datore di lavoro di un contributo per il finanziamento di un trattamento di disoccupazione da erogare al lavoratore licenziato).

Quanto al licenziamento per giustificato motivo *sogettivo*, cioè al licenziamento disciplinare con preavviso, la nuova legge dovrebbe prevedere che il preavviso stesso sia ridotto in proporzione alla gravità della mancanza del lavoratore. Qui il meccanismo del "filtro automatico" non è evidentemente applicabile e la funzione di controllo di un giudice o di un collegio arbitrale appare quindi insostituibile; ma - si osservi - la logica del nuovo sistema vuole che in caso di accertamento dell'insussistenza della mancanza imputata al lavoratore il giudice o l'arbitro condanni l'imprenditore all'alternativa tra la reintegrazione nel posto (con pagamento delle retribuzioni *medio tempore* maturate, ridotte della parte di indennità di preavviso spontaneamente pagata dall'imprenditore) e il pagamento dell'indennità sostitutiva della parte di preavviso indebitamente negata al lavoratore: se l'imprenditore preferisse quest'ultima soluzione, ciò, come si è visto, implicherebbe automaticamente la sussistenza di un giustificato motivo *oggettivo* di licenziamento, non sindacabile da parte del giudice.

Il preavviso non sarebbe, invece, dovuto neanche in parte nel caso di licenziamento in tronco del lavoratore per sua mancanza contrattuale gravissima. Anche in questo caso il controllo sulla sussistenza e la gravità del motivo del licenziamento non può che rimanere affidato al giudice o all'arbitro: questi, se l'esito della verifica sulla sussistenza della mancanza sarà totalmente negativo, condannerà l'imprenditore a reintegrare il lavoratore o a pagargli l'intera indennità sostitutiva del preavviso; qualora invece ravvisasse la sussistenza di una mancanza meno grave, ridurrà corri-

dà al lavoratore la facoltà di lasciare immediatamente il posto, beneficiando della parte residua di retribuzione: questo può facilitare notevolmente la ricerca del nuovo posto e incentivare l'abbandono più rapido del vecchio.

(28) Quanto al regime contributivo, potrebbe applicarsi la norma attuale che esenta da contribuzione le somme pagate dal datore di lavoro, in assenza di prestazione lavorativa, a titolo di "incentivo all'esodo": in caso di opzione del lavoratore per la cessazione anticipata della prestazione, il datore di lavoro beneficerebbe così del risparmio dei contributi sull'indennizzo residuo dovuto al lavoratore.

(29) La legge francese (*Code du travail*, art. L. 321-5) obbliga l'imprenditore, quando non sia possibile evitare il licenziamento per ragioni economico-produttive sostituendolo con misure alternative, a proporre al lavoratore una convenzione con l'ASSEDIC (ente bilaterale competente per questa materia) avente per oggetto l'assistenza economica e l'attivazione di servizi specifici di assistenza intensiva per la ricerca della nuova occupazione, il cui finanziamento è parzialmente posto a carico dello stesso imprenditore.

spondentemente l'entità dell'indennità sostitutiva del preavviso posta a carico dell'imprenditore in alternativa alla reintegrazione.

50. - I licenziamenti collettivi. Perché *last in first out*

Alle formula sopra proposta per la determinazione del giustificato motivo di licenziamento potrebbe obiettarsi che essa attribuisce un peso eccessivo all'anzianità di servizio: può infatti apparire irrazionale che l'entità del giustificato motivo di licenziamento, e del conseguente indennizzo, per il lavoratore assunto da quattordici anni sia addirittura doppia rispetto a quanto previsto per il lavoratore assunto da quattro anni.

Nell'ordine di idee della riforma qui proposta nulla vieta di attribuire un peso relativo minore all'anzianità di servizio, o di non attribuirle alcun peso: questo può ottenersi vuoi aumentando il valore della variabile T, vuoi riducendo o azzerando il valore della variabile A. Ma la scelta di differenziare in modo rilevante l'entità del giustificato motivo in relazione all'anzianità corrisponde a un dato culturale radicatissimo, in Europa come oltre Atlantico: il lavoratore che è da più tempo in azienda deve godere di maggiore stabilità di quello che è arrivato dopo; *last in, first out* (30).

È questa la ragion d'essere della regola della minore anzianità di servizio come criterio di precedenza nei licenziamenti collettivi, concorrente con quello delle esigenze obbiettive aziendali (oltre che con quello dei carichi di famiglia, solitamente però considerato come criterio secondario) (31), di cui all'art. 5 della legge n. 223/1991. Ed è proprio l'esperienza dell'applicazione di quella norma che induce a cercare una risposta tecnicamente diversa all'esigenza che in essa si esprime. Col porre il criterio delle esigenze obbiettive aziendali in concorrenza con quello dell'anzianità di servizio, il legislatore del 1991 ha inteso esplicitare, in riferimento ai licenziamenti collettivi, lo stesso principio che, come si è visto sopra (§ 46), la giurisprudenza comunemente desume dall'art. 3 della legge n. 604/1966 in materia di licenziamenti individuali: all'imprenditore non è concesso di utilizzare il licenziamento per scegliere, tra più lavoratori di pari qualifica professionale, quello che gli è più gradito (poiché questo porrebbe i lavoratori in concorrenza tra loro, ciò che l'ordinamento mira a evitare), *salvo che la differenza di produttività tra i lavoratori stessi superi una soglia, oltre la quale le "esigenze aziendali" giustificano detta scelta*. Senonché, come nella legge sui licenziamenti individuali, neppure nella legge sui licenziamenti collettivi il legislatore ha indicato *dove* quella soglia si collochi; anche in materia di licenziamenti collettivi, pertanto, l'ordinamento attribuisce oggi al giudice una ampia discrezionalità, cui consegue una marcata incertezza circa la legittimità delle scelte dell'imprenditore in tutti i casi in cui il licenziamento riguardi una parte soltanto dei lavoratori.

(30) Per uno studio sulle origini, l'evoluzione e la ragion d'essere della regola della *seniority* nel sistema di relazioni industriali statunitense v. ultimamente M. GOLDEN, *Heroic Defeats: The Politics of Job Loss*, pross. pubbl. Cambridge Un. Press., pp. 173 - 189 delle bozze gentilmente messe a disposizione dalla A., dove si sottolinea come detta regola sia, per un verso, gradita alle organizzazioni sindacali in quanto costituisce una garanzia contro l'utilizzazione del licenziamento collettivo da parte dell'impresa per liberarsi dei rappresentanti sindacali e/o dei lavoratori più fortemente impegnati nell'attività sindacale; ma in qualche misura utile, per altro verso, anche alle imprese: a questo proposito l'A. propone una serie di argomenti riferiti al "mercato endo-aziendale" del lavoro e della produttività.

(31) Nel senso della priorità del criterio dell'anzianità di servizio rispetto a quello dei carichi di famiglia v. ultimamente Cass. 15 luglio 1995 n. 7708, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 424 con nota di M. FRANCO, *Le modalità di applicazione dei criteri di scelta nei licenziamenti collettivi prima e dopo la L. n. 223 del 1991*. Nella stessa sentenza si precisa peraltro che entrambi i detti criteri devono applicarsi per la scelta del lavoratore o i lavoratori da licenziare nel gruppo di quelli, tra loro obbiettivamente fungibili, preventivamente individuati secondo il criterio delle esigenze tecnico-organizzative aziendali: criterio, quest'ultimo, che pertanto dovrebbe in linea teorica assumere carattere prioritario rispetto agli altri due. In questo ordine di idee - peraltro non uniformemente condiviso dai giudici di merito - il problema cruciale è quello della individuazione del concetto di fungibilità, nel quale può darsi maggiore o minore spazio all'interesse dell'impresa alla maggiore produttività individuale del lavoratore.

Questa incertezza potrebbe essere radicalmente eliminata applicando anche ai licenziamenti collettivi la regola del giustificato motivo sopra proposta (nel § 48, *sub H*): la differenza dell'entità del giustificato motivo richiesto rispettivamente per il licenziamento di due lavoratori di pari inquadramento e pari qualifica ma di diversa anzianità verrebbe in tal modo a predeterminare in modo preciso la "soglia" oltre la quale le esigenze aziendali consentono di preferire il lavoratore assunto più di recente rispetto al più anziano: "soglia" che, ovviamente, potrà essere aumentata o diminuita dal legislatore, a seconda del peso che si vorrà attribuire alla *seniority*.

Considerato che, secondo l'interpretazione prevalente, la legge n. 223/1991 non prevede il controllo giudiziale sul giustificato motivo del licenziamento collettivo (ma alcuni giudici e alcuni autori sostengono il contrario), l'applicazione anche ai licenziamenti collettivi del principio del giustificato motivo, "filtrato automaticamente" per mezzo della regola del preavviso lungo, potrebbe apparire come una misura in controtendenza rispetto alla politica di riduzione delle rigidità del regime attuale. Ma se si considerano i costi che la legge oggi vigente addossa all'impresa che si trova nella necessità di ridurre gli organici, per l'assurda aleatorietà dell'esito dell'eventuale controllo giudiziale sui criteri di scelta applicati nonché per l'incertezza interpretativa sul punto cruciale testé menzionato, è facile convincersi che dalla riforma proposta non sarebbero danneggiate né le imprese (che potrebbero operare in un regime di certezza circa la legittimità e i costi dell'operazione), né i lavoratori (cui il regime attuale, se applicato correttamente, assicura sostanzialmente soltanto un prolungamento del preavviso normale dei due mesi e mezzo necessari per lo svolgimento della procedura), bensì soltanto gli avvocati. Prova ne sia che numerosi imprenditori oggi preferiscono al licenziamento collettivo la via della negoziazione coi propri dipendenti della risoluzione consensuale, con erogazione di "incentivi all'esodo" che vanno solitamente dalle dodici alle ventiquattro mensilità, e talvolta anche oltre (32).

Anche in riferimento ai licenziamenti collettivi, del resto, vale quanto si è detto sopra riguardo alla grande flessibilità e adattabilità del sistema qui proposto in funzione delle scelte politiche del legislatore: nulla vieta, per esempio, che quest'ultimo stabilisca una riduzione, o viceversa un aumento (33), dell'entità del giustificato motivo (e del corrispondente preavviso e/o indennizzo per il lavoratore) quando il licenziamento sia qualificabile come collettivo, e/o la destinazione in tutto o in parte all'istituto previdenziale, per il finanziamento del trattamento di disoccupazione speciale o "di mobilità", della somma il cui pagamento viene imposto al datore di lavoro (34).

A me sembra che, se si condivide il principio per cui l'imprenditore assume nei confronti del proprio dipendente un obbligo di garanzia contro il rischio dell'improvviso venir meno dell'occupazione e del relativo reddito, se dunque si considera che la corretta gestione dell'impresa implichi una adeguata programmazione del fabbisogno di lavoro (*manpower planning*), l'impresa stessa debba farsi carico del costo sociale di tutti i licenziamenti determinati da motivi oggettivi, siano essi individuali o collettivi. D'altra parte, proprio il principio della programmazione responsabile implica che all'imprenditore si riconosca il diritto di conoscere con precisione fin dal momento in cui maturano le sue scelte l'entità e l'estensione del proprio obbligo di sicurezza nei confronti dei propri dipendenti, ciò che gli è consentito e ciò che non gli è consentito fare, quali ne saranno i costi. Il legislatore può stabilire liberamente l'entità di quell'obbligo di sicurezza e conse-

(32) Una formula per la determinazione dell'incentivazione all'esodo che ha avuto qualche diffusione sulla piazza milanese negli ultimi anni è: $(14 + \frac{1}{2}A) \cdot R$, dove con A si indica ancora il numero di anni di anzianità e con R l'ultima retribuzione mensile.

(33) A un regime maggiormente restrittivo per i licenziamenti collettivi rispetto a quelli individuali condurrebbe la tesi di G. FELLA, di cui si è detto nella nota 1.

(34) Il coordinamento della norma nazionale con la disciplina comunitaria dei licenziamenti (direttive comunitarie n. 129/1975 e n. 56/1992) rende comunque necessario che dalla durata del "preavviso lungo" venga detratto, in caso di licenziamento collettivo, il periodo che deve essere riservato alla procedura di esame congiunto in sede sindacale e amministrativa.

guentemente aumentare o ridurre la “soglia” del giustificato motivo di licenziamento; ma non può lasciarla - come è oggi - sostanzialmente indeterminata, affidando la tutela dell’interesse del lavoratore alla “*roulette russa*” dell’incerta verifica giudiziale.

51. - Possibilità e ragioni della differenziazione del *firing cost* secondo il tipo di azienda o di rapporto

A difesa del regime vigente viene solitamente addotto anche un argomento diverso da quello della necessità di limitazione della concorrenza tra i lavoratori: la tutela della stabilità del posto di lavoro - si osserva - è garanzia essenziale della dignità e della libertà morale del lavoratore, la cui persona è profondamente implicata in un rapporto contrattuale che lo vede per lo più in posizione di inferiorità nei confronti del datore di lavoro. Donde la necessità, di ordine anche costituzionale, di impedire che quei valori siano pregiudicati dall’assoggettamento del lavoratore all’arbitrio o capriccio dell’imprenditore, dal momento che è la Costituzione stessa a indicare la dignità e la libertà della persona come limiti della libertà di iniziativa economica (art. 41); e poiché la dignità e la libertà della persona non hanno prezzo, è indispensabile un regime che preveda non soltanto un rigoroso controllo giudiziale sul motivo del licenziamento, ma anche la reintegrazione del lavoratore nel suo posto di lavoro in caso di esito negativo della verifica giudiziale: ovvero il regime della c.d. “stabilità reale” istituito dall’art. 18 St. lav.

Questo argomento - che pure coglie un aspetto rilevante della realtà e non può dunque essere trascurato - ha il difetto di provare troppo. Se per davvero la tutela della “stabilità reale” del posto di lavoro, nella sua attuale configurazione, fosse garanzia essenziale della dignità e della libertà morale del lavoratore, non sarebbe costituzionalmente ammissibile che da questa tutela rimanessero esclusi più di un terzo del totale dei dipendenti da imprese private, solo perché queste ultime sono di piccole dimensioni (35), nonché l’intera categoria dei lavoratori parasubordinati. In Italia oggi del regime di “stabilità reale” del posto di lavoro, godono meno di dieci milioni di lavoratori su ventitré: una minoranza, oltretutto in via di progressiva riduzione (v. § 2). E non può ragionevolmente sostenersi - anche perché l’esperienza quotidiana e il buon senso lo smentiscono - che solo questa minoranza operi oggi in condizioni compatibili con la dignità e libertà morale della persona, mentre la maggioranza dei lavoratori sarebbe privata di questi diritti costituzionali.

La realtà è che tutti coloro che svolgono una attività lavorativa a carattere continuativo per un solo committente, quale che sia la forma giuridica del rapporto e la dimensione dell’azienda a cui l’attività è destinata, si trovano in qualche misura in una posizione di “dipendenza” economica dal committente medesimo, nel senso che la continuità del loro reddito dipende dalla continuità del rapporto; tutti, pertanto, corrono lo stesso rischio di recesso della controparte e tutti hanno in linea generale lo stesso interesse a limitare tale rischio (v. § 22). Per tutti coloro che prestano il proprio lavoro in questa forma valgono gli argomenti già esposti (§ 38) a sostegno dell’opportunità di una legge che vincoli in qualche misura il contratto alla funzione assicurativa: è dunque necessario trovare un ragionevole contemperamento tra il loro interesse alla continuità del rapporto e l’interesse della controparte a poterne recedere; ma solo di questo si tratta, cioè della garanzia per il lavoratore contro il rischio della cessazione improvvisa della fonte di sostentamento per lui e la sua famiglia. È in gioco il principio di cui all’art. 36 della Costituzione, più che quello di cui all’art. 41.

La disciplina del recesso delineata nelle pagine precedenti sembra prestarsi assai bene per la realizzazione di questo contemperamento: la sua grande flessibilità e adattabilità consente al legislatore di differenziare il regime applicabile nel settore *no profit* rispetto al settore delle imprese ope-

(35) V. in proposito § 2 ed ivi nota 4.

ranti a fini di lucro e nelle imprese di piccole dimensioni rispetto a quelle di imprese maggiori (36), ad esempio dimezzando il “preavviso lungo” a carico dei datori di lavoro non imprenditori e delle imprese con meno di quindici dipendenti (questa riduzione della tutela inderogabile si giustifica, nell’ordine di idee della ripartizione ottimale del rischio tra le parti del rapporto - di cui si è detto nel § 6 e nel § 38 - con la minore propensione al rischio, e in particolare ad accollarsi il rischio circa l’andamento del singolo rapporto di lavoro, che solitamente caratterizza il datore di lavoro non imprenditore e l’imprenditore titolare di azienda di piccole dimensioni, rispetto a quello titolare di azienda di dimensioni maggiori). Consente altresì di differenziare il regime in relazione alla natura del rapporto, ad esempio alleggerendo l’onere del preavviso nel rapporto di collaborazione coordinata e continuativa autonoma e graduandolo a seconda del carattere esclusivo o no del rapporto stesso per il prestatore (qui la riduzione della tutela inderogabile si giustifica invece, nell’ordine di idee della ripartizione ottimale del rischio, con la maggiore propensione ad accollarsi il rischio che caratterizza generalmente il lavoratore autonomo, e in particolare quello che opera per una pluralità di committenti, rispetto al lavoratore subordinato).

52. - Il limite massimo della retribuzione di riferimento per la determinazione del *firing cost*

Se la ragion d’essere della disciplina limitativa del recesso del datore di lavoro o committente sta nella tutela del lavoratore contro il rischio dell’improvviso venir meno della sua fonte di reddito principale, è doveroso chiedersi infine se l’ordinamento debba farsi carico di tale tutela indipendentemente dall’entità del reddito in gioco, o non debba invece limitare la garanzia inderogabile entro un certo limite, lasciando che al di sopra di esso provvedano l’autonomia collettiva e l’autonomia privata individuale. A mio avviso questa seconda è la scelta più logica e opportuna: non si vede per quale motivo l’ordinamento statale debba farsi carico di garantire la continuità di quella parte del reddito del lavoratore più fortunato, che è presumibilmente destinata all’accumulazione di ricchezza o al mantenimento di un tenore di vita relativamente elevato.

In questo ordine di idee la nuova disciplina potrebbe essere temperata dalla previsione di un limite massimo della retribuzione di riferimento per il calcolo della “soglia” del giustificato motivo e del corrispondente indennizzo (la variabile R): ad esempio il limite, debitamente indicizzato, di una retribuzione mensile di cinque o sei milioni.

Anche l’ordinamento vigente esclude dall’applicazione della disciplina dei licenziamenti la “fascia alta” dei lavoratori subordinati, identificata nella categoria dei dirigenti (art. 10 della legge n. 604/1966). Ma la tecnica normativa adottata dal legislatore del 1966 ha, anche per questo aspetto, il grave difetto di fare riferimento a una nozione - quella di dirigente - dai contorni estremamente incerti: la relativa definizione non compare in alcuna norma legislativa. Per altro verso, essa ha il difetto (cui peraltro ha posto rimedio la contrattazione collettiva) di lasciare il lavoratore che si colloca al di sopra del limite, nella “fascia alta”, del tutto sprovvisto di tutela. L’estensione a tutti i lavoratori, compresi quelli inquadrati come dirigenti, della nuova disciplina qui proposta, con un’opportuna limitazione della retribuzione di riferimento, avrebbe il pregio di evitare entrambi gli inconvenienti.

Come già si è detto in riferimento all’assicurazione pensionistica obbligatoria, la tutela inderogabile del lavoratore si giustifica per correggere gli effetti di un abnorme squilibrio di potere contrattuale e per tutelare tutti i cittadini contro il rischio della povertà, del bisogno grave. Chi guadagna più di cinque o sei milioni al mese non può considerarsi in una posizione di abnorme squilibrio contrattuale nei confronti del datore di lavoro o committente; e quando una ragionevole continuità del reddito gli sia stata garantita entro quel limite, l’ordinamento ha svolto per intero la propria funzione. Garantita la rete minima di sicurezza, quel lavoratore e il sindacato che lo rappresenta

(36) Sulla legittimità costituzionale della differenziazione della tutela legislativa in riferimento alle dimensioni dell’impresa v. ultimamente Corte cost. 19 febbraio 1996 n. 44.

possono essere lasciati liberi di negoziare con il datore di lavoro o committente un contratto che offra maggiore stabilità e minor reddito, o maggior reddito e minore stabilità.

53. - Il contratto a termine come “carta” in più per l’outsider

Complementare rispetto alla disciplina minima del recesso del datore di lavoro o committente, di cui si è detto nei paragrafi precedenti, dovrebbe essere una disciplina minima del contratto a termine, comune anch’essa ai rapporti di lavoro subordinato e parasubordinato: al di fuori dei casi oggi previsti dalla legge che disciplina la materia, e ferma restando la facoltà di deroga al divieto attribuita dalla legge alla contrattazione collettiva (l. n. 56/1987, art. 23), la pattuizione del termine potrebbe essere sempre ammessa nel primo contratto tra le parti, con la clausola inderogabile per cui il lavoratore è libero di recedere in qualsiasi momento (in modo da consentirgli di cercarsi un posto più stabile e coglierlo “al volo” ove se ne presenti l’occasione) e con il vincolo per cui alla scadenza non sono ammesse proroghe del termine: il contratto può solo cessare o convertirsi consensualmente in rapporto a tempo indeterminato. In conseguenza di quest’ultima regola, evidentemente finalizzata a impedire che l’apposizione del termine possa essere utilizzata per l’elusione della disciplina del licenziamento, tra uno stesso imprenditore e uno stesso lavoratore, al di fuori dei casi oggi previsti dalla legge o di quelli previsti dalla contrattazione collettiva, potrebbe intercorrere un solo contratto a tempo determinato, non prorogabile (37).

Il contratto a termine potrebbe così diventare un utile sostituto del patto di prova, per un verso offrendo al lavoratore una tutela maggiore (poiché fino alla scadenza del termine la facoltà di recesso del datore di lavoro sarebbe drasticamente inibita); per altro verso offrendo all’imprenditore la possibilità di un periodo di sperimentazione del nuovo collaboratore più lungo rispetto al periodo di prova - oggi per lo più troppo breve - consentito dalla legge vigente (si applicano ancora i limiti posti dalla legge sull’impiego privato del 1924) e dai contratti collettivi.

La clausola inderogabile della libertà di recesso del lavoratore consentirebbe di lasciare libere le parti di pattuire il termine preferito: in tutti i casi in cui il termine contrattualmente fissato superasse quello del “preavviso lungo” di recesso, infatti, ne deriverebbe di fatto soltanto una maggiore stabilità per il lavoratore rispetto al rapporto a tempo indeterminato.

Si dirà che in questo modo il neo-assunto può essere esposto a un periodo di precarietà più lungo rispetto a quello che gli toccherebbe se fosse assunto in prova con contratto a tempo indeterminato. Ma è quanto già oggi accade a tutti i giovani che vengono assunti con contratti di formazione e lavoro: contratti a termine anche questi, che, pur talvolta di fatto privi di apprezzabile contenuto formativo, costituiscono comunque per lo più uno strumento prezioso per l’inserimento dei giovani stessi nel tessuto produttivo. E allora, perché non chiamare le cose con il loro nome?

È noto, d’altra parte, come i divieti oggi vigenti delle assunzioni a termine e del lavoro interinale facciano sì che, presentandosi la necessità di una intensificazione occasionale del lavoro, l’imprenditore preferisca per lo più farvi fronte ricorrendo al lavoro straordinario dei lavoratori già in organico piuttosto che assumerne uno o più altri. La possibilità di farsi assumere a termine sarebbe per l’outsider una “carta” in più da giocare nella competizione con l’insider per quell’occasione di lavoro aggiuntivo: un’applicazione concreta della parola d’ordine “lavorare meno per lavorare tutti”.

Sarebbe, infine, per l’outsider un’occasione, una sola e irripetibile in quell’azienda, per farsi conoscere e apprezzare, per “entrare nel giro”, per rompere il circolo vizioso della disoccupazione che lo condanna a rimanere disoccupato riducendone la competitività nel mercato del lavoro ogni giorno che passa.

(37) A un risultato sostanzialmente non dissimile, anche se con una disciplina formulata in modo diverso, avrebbe portato il già citato disegno di legge del ministro del lavoro Treu 26 giugno 1995 n. 2764/C, artt. 14 - 18.